Die lex aurea des Celsus,

ein Versuch ihrer Erklärung und als Anhang ein Vergleich mit dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Fritz Eisenberg

aus Berlin

Kammergerichtsreferendar.

Approbiert am 18. Juli 1911.

BERLIN.
Buch- und Steindruckerei Gebrüder Kiesau.
1911.

119

Referent: Universitäts-Professor Dr. Siber.

Meinem Vater.

Disposition.

I. Erklärung der Digestenstelle.

A. Feststellung ihres Textes.

a. Angabe und Übersetzung des Krügerschen Textes.

b. Auseinandersetzung mit anderen Texten.

1. Ablehnung der Lesart F_2S und Annahme von F_1.

2. Lenels Änderung der Überschrift.

B. Erklärung ihres Inhalts.

a. Abgesehen von dem fehlenden Consens wäre das mutuum zustande gekommen

1. trotz der fehlenden direkten Einigung,

2. trotz der fehlenden direkten Übergabe

aa. bei Erfüllung der promissio seitens des Promittenten,

bb. bei blossem Versprechen schon ohne Übergabe.

b. Was ändert hieran der fehlende Consens?

1. Welcher Art ist er?

aa. Nicht blosses Auseinanderfallen der Erklärungen,

bb. wohl aber Auseinanderfallen der Willen.

2. Welches sind seine Folgen?

aa. Keine Darlehnsverbindlichkeit,

bb. wohl aber eine condictio.

II. Anhang: Vergleich mit dem heutigen Recht.

A. Feststellung des entsprechenden Tatbestandes.

B. Beurteilung dieses Tatbestandes nach BGB.

a. Die entstehende Verpflichtung abgesehen von dem Irrtum.

1. Ist ein Darlehen enstanden?

aa. Bei erfolgter Zahlung: ja,

bb. bei blossen Accept: nein.

2. Ein sonstiger Vertrag?

aa. Kein Darlehnsvorvertrag,

bb. wohl aber „Bindung“ bezügl. der künftigen Leistung.

b. Was ändert hieran der Irrtum?
1. Welcher Art ist er?
aa. Nicht Dissens aus § 155 BGB,
bb. wohl aber Inhaltsirrtum aus § 119, 1.
2. Welches ist seine Folge?
aa. Nichtigkeit,
bb. Condizierbarkeit der Bereicherung.

III. Zusammenfassung und Vergleich der Ergebnisse.

Literaturverzeichnis.

Lehr- und Handbücher, Kommentare.

Brinz:	Pandekten.
Cosack:	Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.
Dernburg:	Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.
Endemann:	Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.
Enneccerus-Kipp-Wolff:	Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.
Girard:	Geschichte und System des römischen Rechts.
Hölder:	Allgemeiner Teil des BGB.
Mitteis:	Römisches Privatrecht
Oertmann:	Schuldverhältnisse.
Pernice:	Labeo.
Planck:	Kommentar zum BGB.
Rehbein:	Das BGB.
Savigny:	System des heutigen römischen Rechts.
Windscheid-Kipp:	Pandekten.

Heumann-Seckel:	Handlexikon.
Lenel:	Palingenesie.

Monographien.

Danz:	Forderungsüberweisung.
Gide:	Novation.
Heimbach:	Die Lehre vom Creditum.
Hellwig:	Verträge auf Leistung an Dritte.
Huschke:	Die Lehre des römischen Rechts vom Darlehen.
v. Koschenbahr-Lyskowsky:	Die Bereicherungsklage im klassischen römischen Recht.
Leonhard:	Der Irrtum als Ursache nichtiger Verträge.
v. Meltzl:	Ursprung der condictio incerti.
Pfersche:	Bereicherungsklagen.
v. Salpius:	Novation und Delegation.
Schey:	Die Obligationsverhältnisse des östreich. allg. Priv. Rechts.
Thomsen:	Rechtl. Willensbestimmung.
Wendt:	Allgemeines Anweisungsrecht.
Zitelmann:	Irrtum und Rechtsgeschäft.

Aufsätze.

Brinz:	Aufsatz in der krit. Vierteljahresschr., Bd. 25.
Kohler:	„ im Arch. für bürgerl. Recht, Bd. 33.
Lenel:	„ in Jherings Jahrb., Bd. 36.
Pernice:	„ in der Zeitschr. der Savigny-Stiftung R. A., Bd. 19.
Pflüger:	Aufsatz in der Zeitschr. der Savigny-Stiftung R. A., Bd. 18.
Ryck:	Aufsatz in der Festgabe für Beseler.
Trampedach:	Aufsatz in der Zeitschr. der Savigny-Stiftung R. A., Bd. 17.
v. Tuhr:	Aufsatz in Jherings Jahrb., Bd. 48.
Voigt:	„ im Archiv f. ziv. Praxis, Bd. 54.

Entscheidungen der höchsten Gerichte.
Motive zum BGB.

I.

Die Digestenstelle l. 32 D. De rebus creditis 12, 1., die enannte lex aurea, lautet nach der Mommsen-Krügerschen Ausgabe des corpus iuris vom Jahre 1908 im lateinischen Texte folgendermassen:

Celsus libro quinto digestorum. Si et me et Titium mutuam pecuniam rogaveris et ego meum debitorem tibi promittere iusserim, tu stipulatus sis, cum putares eum Titii debitorem esse, an mihi obligaris? subsisto, si quidem nullum negotium mecum contraxisti: sed propius est, ut obligari te existimem, non quia pecuniam tibi credidi (hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest): sed quia pecunia mea quae ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et aequum est.

Die Übersetzung ins Deutsche wäre danach:

Celsus im fünften Buche der Digesten: Wenn Du sowohl mich als auch den Titius um ein Dahrlehen gebeten hast, und ich habe meinen Schuldner angewiesen, Dir zu versprechen, (und) Du hast es Dir versprechen lassen, weil Du glaubtest, er sei der Schuldner des Titius, wirst Du mir verpflichtet? Ich zweifle, ob Du ein gültiges Rechtsgeschäft mit mir abgeschlossen hast; aber es liegt näher, anzunehmen, Du werdest verpflichtet, nicht weil ich Dir Geld geliehen habe (denn dies kann nur bei gegenseitiger Übereinstimmung geschehen), sondern darum, weil es recht und billig ist, dass mein Geld, welches an Dich gelangt ist, mir von Dir zurückgegeben werde.

In der vorhergehenden Auflage hatte Mommsen nicht diese Lesart (F_1) angenommen, sondern die andere (F_2S), nach der statt der Worte „pecunia quae" nur das eine Wort „pecunia" dastehen würde und demgemäss zu übersetzen wäre: Aber weil mein Geld an Dich gelangt ist, ist es recht und billig, dass es mir von Dir zurückgegeben werde. Mit Recht fasst Krüger[1])

[1]) Vgl. Anm. 6 zu dieser lex in seiner Digestenausgabe.

die Stelle so auf, als ob dastände: „quae pecunia a me“; denn die neue Lesart ist, wenn schon um ein Wort länger, so doch bei weitem knapper in der Gedankenführung. Der Jurist behauptet das Vorhandensein einer Verpflichtung (propius est, ut obligari existimen) und er führt für diese Behauptung einen negativen und einen positiven Beweisgrund an. Beide Male gebraucht er hierbei das Wort „weil“ (quia). Nach der älteren Lesart dient nur das erste „weil“ direkt zur Begründung der Behauptung: „Du wirst nicht darum verpflichtet, weil ich Dir geliehen habe“ (non quia tibi credidi). Das zweite „weil“ dagegen hat mit der aufgestellten Behauptung unmittelbar nichts zu tun, sondern es begründet eine neue Behauptung, nämlich die, es sei recht und billig, dass ich mein Geld zurückbekäme, und erst aus dieser Behauptung, der nichts weiter hinzugefügt ist, muss der Leser schliessen: Also wirst Du zu dieser Rückgabe verpflichtet. Er muss also im Geiste etwas hinzufügen, was zwar leicht zu finden ist, was aber immerhin nicht dasteht. Nach der neueren Lesart dagegen dienen beide „weil“ unmittelbar zur Begründung der Behauptung: Du wirst verpflichtet. Du wirst verpflichtet: erstens nicht, weil Du geliehen hast, wohl aber zweitens, weil es recht und billig ist. Hier hat der Leser zur Ergänzung des Sinnes nichts hinzuzufügen, und also ist diese Lesart die bessere.

Eine weitere Unsicherheit in Bezug auf den Text der Stelle herrscht hinsichtlich der Überschrift der lex. Das Fragment wird als aus dem fünften Buche der Digesten des Juristen Iuventius Celsus in allen vorhandenen Handschriften übereinstimmend bezeichnet. Nun hat aber Lenel in seiner Palingenesie diesem fünften Buche die Überschrift „si servitus vindicetur“ gegeben und, da unsere Stelle ihrem ganzen Sinne nach in keiner Beziehung unter diese Rubrik zu gehören scheint, so hat er[1]) sie in das sechste Buch verwiesen, das er in Ansehung der sicher hierher gehörenden Stellen „si certum petetur“ überschreibt. Die Zitierung des corpus iuris müsste demnach auf einem Schreibfehler beruhen.

Abgesehen aber von diesen beiden Unsicherheiten liegt kein Grund zu der Annahme vor, dass die Stelle in dem Werke des Celsus nicht so gelautet habe, wie sie von den Kompilatoren

[1]) a. a. O. I S. 134.

ins corpus iuris aufgenommen worden ist. Bei ihrer Auslegung kann man sich also, ohne zu ändern, an den vorliegenden Wortlaut halten.

Was besagt nun dieser Wortlaut? Der dargestellte Fall, an den der Jurist seine Frage knüpft, ist folgender: Es hat jemand zwei seiner Bekannten um ein Dahrlehen gebeten. Der eine der beiden ist dieser Bitte nachgekommen, aber statt dem Bittenden eine Summe baren Geldes auszuhändigen, hat er eine dritte Person, die ihm selbst einen mindestens ebenso hohen Betrag schuldet, wie er zu Dahrlehen geben will, aufgefordert, diesen Betrag dem Darlehnssucher zu versprechen. Dies ist geschehen. Hinterher aber hat sich herausgestellt, dass der Darlehnssucher, als er das Versprechen des Dritten entgegen nahm, sich in dem falschen Glauben befand, er habe es mit dem Schuldner nicht derjenigen Person zu tun, deren Schuldner der Versprechende tatsächlich ist, sondern mit einem Schuldner jener anderen Person, die ebenfalls um ein Darlehen gebeten worden war. Celsus wirft nun die Frage auf, ob ein Verpflichtungsverhältnis zwischen dem Darlehnssucher und demjenigen, der das Darlehen geben wollte, zustande kommt. Er ist zunächst im Zweifel darüber ob diese Frage zu bejahen sei, weil er annimmt, ein Darlehnsgeschäft sei nicht zustande gekommen, aber er bejaht die Frage dann dennoch, weil auch ohne ein gültiges Darlehen der Darlehnssucher nach Treu und Glauben verpflichtet sei, herauszugeben, was er von dem anderen erlangt habe.

Aus den Worten des Celsus geht zunächst mit Sicherheit hervor, dass er die Gültigkeit des Dahrlehnsgeschäftes nur darum bezweifelt, weil es an dem für ein Rechtsgeschäft erforderlichen Consense der beiden Contrahenten fehle. Wäre also dieser Consens im konkreten Falle vorhanden gewesen, hätte mit anderen Worten der Darlehnssucher gewusst, auf wessen Aufforderung hin der Versprechende ihm das Versprechen gab, so wäre nach der Ansicht des Celsus das Darlehen ohne Zweifel vollgültig zustande gekommen. Er würde gesagt haben: pecuniam tibi credidi[1]). Diese Ansicht des Celsus, für die er Gründe nicht angibt, ist zunächst nachzuprüfen und auf ihre

[1]) Vgl. v Salpius, Novation und Delegation S. 110, Huschke, Darlehen, S 61, Girard, S. 757/758 Anm. 1.

Folgen hin zu untersuchen. Dann erst kann klar erkannt werden, welche Veränderungen der Rechtslage sich aus dem Hinzukommen des Missverständnisses ergeben.

Das mutuum ist ein Vertrag, der dadurch zustande kommt, dass eine Person einer anderen eine Quantität vertretbarer Sachen unter der Verpflichtung übereignet, der Empfänger solle eine gleiche Quantität derselben Gattung zurückgeben. Als Kennzeichen des mutuum erscheinen demnach den Quellen der Übergang des Eigentums vom Darleiher auf den Darlehnsnehmer (quod de meo tuum fit l. 2 § 2 D. 12, 1.) und die Einigung beider darüber, dass das Gegebene zurückerstattet werden solle (mutuum damus recepturi l. 2 pr. D. 12, 1.). Der Normalfall einer Darlehnsentstehung war also der, dass die zu Darlehen zu gebenden Sachen von ihrem Eigentümer, der das Darlehen geben wollte, dem Dahrlehnssucher unter Vereinbarung der Rückgabe einer gleichen Quantität ausgehändigt wurden. So nun spielt sich in unserem Falle der der Vorgang sicherlich nicht ab. Es steht vielmehr fest, dass der Darlehnsgeber selbst keinen Finger rührt, um Geld an den Darlehnssucher auszuzahlen. Nur Worte gebraucht er, indem seinen Schuldner auffordert zu versprechen. Diese Worte richtet er ferner nicht an denjenigen, mit dem er sich zum Zwecke eines Vertragsschlusses einigen will, sondern eben an seinen Schuldner, eine dritte Person. Es wandern also weder die darzuleihenden Sachen aus der Hand des Darleihers in die des Darlehnssuchers, noch enthält die Stelle einen Anhalt dafür, dass zwischen beiden Personen Worte gewechselt werden, durch die sie sich über die Rückgabepflicht einigen. Beide Erfordernisse des Darlehns fehlen also, und trotzdem nimmt Celsus dessen Entstehung, abgesehen von dem mangelndeu Consens, als erfolgt an. Wie ist das zu erklären?

Was zunächst das Fehlen der Einigung zwischen Darleiher und Dahrlehnsnehmer anbelangt, so erweisst sich dieses bei näherem Hinsehen leicht als ein nur scheinbares. Der Darlehnsnehmer hatte ja an den Geber die Bitte gerichtet, ihm darzuleihen. Wenn daraufhin der Gebetene eine dritte Person zu dem Bittenden hinschickt, die sich so verhalten soll, dass dem Bittenden klar werden muss, dieses Verhalten solle die Bereitwilligkeit des Absenders zur Eingehung des erbetenen

Geschäfts ausdrücken, und wenn der Bittende dies erkennend die Handlung des Abgesandten — einwilligend — annimmt, so haben damit Bittender und Gebender einander ihren übereinstimmenden Willen zum Geschäftsschluss ausgedrückt, und es ist der Vertrag, sofern seine sonstigen Voraussetzungen vorliegen, gültig zustande gekommen, ohne dass die beiden Contrahenten unmittelbar mit einander verhandelten. Der vermittelnde Dritte ist bei diesem Vertrage nicht etwa Stellvertreter in der Erklärung. Er weiss ja bei seinem Handeln vielleicht garnicht, was dasselbe für das Verhältnis der beiden Personen für Folgen hat, zwischen denen er vermittelt, ob er zwischen ihnen eine Verbindlichkeit löst oder ob er sie erst begründet oder was sonst. Anders liegt der Fall in einer anderen ähnlichen Stelle der Digesten, der l. 9 § 8 D. 12,1 (vgl. auch l. 126 § 2 D. 45,1), in der behauptet wird, dass jemand dadurch, dass er im Namen eines anderen Geld gibt, diesen anderen zum Gläubiger mache. Mag nun diese Stelle, wie Brinz behauptet, insoweit verdorben sein, als statt der Worte „velut tuos“ zu setzen wäre „voluntate tua sed absente et ignorante“, sodass der, in dessen Namen gegeben wird, die Übergabe wenigsten wollen müsste, damit sie für ihn wirke, oder mag man mit Pernice (Labeo III, 1 S. 222) den Anfang der Stelle zwar für echt aber den Schluss von den Worten „nec dubitari“ an „für freie Umgestaltung der Kompilatoren“ halten und also annehmen, eine Verbindlichkeit sei zwar entstanden, aber nicht ein Darlehen; gleichviel, das eine steht nach beiden Ansichten fest, dass Rechtsfolgen für denjenigen gewirkt werden, in dessen Namen hier ein Dritter übergibt und dass also hier ein Fall von Stellvertretung vorliegt.[1]) Aber ganz anders ist es in unserem Falle. Zwar ist es auch hier nicht ausgeschlossen, wenn auch nicht eben wahrscheinlich, dass der Promittent im Namen dessen handelt, der ihn dazu aufgefordert hat. Während aber im anderen Falle derjenige, für den gehandelt wird, nicht weiss, dass für ihn gehandelt wird, und also der Vertragszweck von dem für ihn Handelnden selbständig gesetzt werden muss, ist es in unserer Stelle gerade umgekehrt. Der handelnde Dritte weiss nicht oder braucht

[1]) So Brinz, Pandekten IV S. 358, Hellwig, Verträge S. 39 u. a. m.

doch nicht zu wissen, welchen Zweck derjenige verfolgt, für den er handelt; dieser setzt vielmehr den Zweck selbst. Der Handelnde ist, was diesen Zweck anbelangt, nichts anderes als „Nebenperson" (persona interposita)[1]). Nicht er nimmt das bezweckte „Geschäft in seiner Totalität" vor und contrahiert, sondern der „Geschäftsherr" selber tut es und bedient sich seiner lediglich zur „Vermittelung"[2]), wie eines Werkzeuges[3]). Es ist nur Zufall, dass dieses Werkzeug gerade ein Mensch ist. Als Aufnahmeapparat für die Vertragserklärungen der beiden Paciscenten könnte statt seiner ebenso gut ein Blatt Papier verwandt worden sein, auf das der eine sein Angebot, der andere seine Annahme geschrieben hätte. Nur aus Gründen, die mit dem Consens selbst nichts zu tun haben, haben die Parteien in unserem Falle sich einer Person als Mittel der Benachrichtigung bedient. Dadurch, dass der eine diese in gebender Absicht handeln hiess und der andere in nehmender Absicht das Handeln annahm, kam der Consens ebenso gut zustande, wie durch direkt gewechselte Worte.

Der Mangel einer direkten Vereinbarung zwischen Darlehnsgeber und Nehmer ist also nur ein scheinbarer. Wie steht es weiter mit der zweiten Abweichung vom regelmässigen Verlauf des Darlehnsschlusses, die unsere Stelle bietet, mit der fehlenden Übergabe der zu leihenden Sachen durch den Darleiher? In der Aufforderung zu promittieren, die der Darleiher an seinen Schuldner richtet, ist zweifellos die weitere Aufforderung enthalten, der Schuldner solle dies Versprechen hinterher auch erfüllen und die geschuldeten Sachen dem Darlehnssucher übergeben. Tut dies der Schuldner, so haben wir damit eine tatsächliche Übergabe, und es fragt sich in diesem Falle nur, warum diese Übergabe, obwohl sie doch nicht aus der Hand des Darlehnsgebers in die des Darlehnsnehmers erfolgte, dennoch einer solchen gleichgestellt und als genügend für die Begründung des Darlehns angenommen wird.

Sehr einfach erledigt sich diese Frage, wenn wir annehmen, der zahlende Schuldner gebe Geld, das garnicht ihm, sondern vielmehr dem Darlehnsgeber zu eigen gehört. Es ist ja in

---

[1]) Brinz, Krit. Viert. Schr. Bd. 25 S. 193.
[2]) Girard a. a. O. II S. 731.
[3]) Vgl. hierzu Voigt, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 54 S. 75.

der Stelle nur davon die Rede, dass der Promittent Schuldner des Darlehnsgebers sei, nicht aber wird gesagt, welcher Art dieses Schuldverhältnis im einzelnen ist. Es kann sich also sehr wohl z. B. um ein depositum handeln, etwa um einen Beutel Geldes, den der Darlehnsgeber bei dem Promittenten hinterlegt hat, der also nicht in dessen Eigentum übergegangen ist, sondern den er nur, so wie er ist, wiederzugeben verpflichtet ist. In diesem Falle läge in der auf Grund der promissio erfolgenden Übergabe des Geldes an den Darlehnssucher durch den Promittenten nichts weiter vor, als dass dieser das Eigentum des Darlehnsgebers in das des Darlehnsnehmers überführte und zwar ebenso, wie er den Darlehnsconsens zustande bringt, als blosses Werkzeug, das „ministerium tantummodo", das lediglich eine tatsächliche Hilfe leistet (vgl. l. 15 D. 13,5).

Dass aber Celsus bei der lex aurea nur an diesen Fall gedacht habe, erscheint ausgeschlossen. Es ist ein so ausgefallener, dass es im Text besonders erwähnt worden wäre, wenn er gemeint wäre. So aber sagt einem jedem Leser das natürliche Gefühl nur soviel, dass der Darlehnsgeber das ihm geschuldete Geld so zu fordern habe, wie das bei Geld und anderen Genuss-Sachen der Normalfall ist, also dass er auf Grund eines rein obligatorischen Verhältnisses die Übereignung an sich verlangen könne. Zahlt der Schuldner also auf Grund dieses Schuldverhältnisses an einen anderen als den Gläubiger, so überträgt er das Gezahlte aus seinem Eigentum in das dieses Dritten. Wie kann nun dadurch eine Darlehnsverpflichtung dieses Empfängers dem Gläubiger gegenüber entstehen, aus dessen Eigentum ihm das Geld garnicht gekommen ist? Die Quellen geben selbst die Antwort. Sie halten an dem Standpunkt grundsächlich fest, dass das Eigentum vom Geber direkt auf den Nehmer übergehen muss und sie bezeichnen es daher selbst als eine Ausnahme, als etwas „Ausserordentliches"[1]), als eine „Begünstigung", wenn sie zulassen, dass eine Darlehnsverbindlichkeit auch dann entstände, wenn ein Gläubiger seinen Schuldner anweise, einem anderen zu zahlen und also dieser nicht das Geld des Darleihers, sondern dasjenige einer ausserhalb des Darlehnsvertrages stehenden Person erhielte. In l. 15 D. 12,1

[1]) Girard II S. 556 Anm. 3, vgl. auch ebenso Windscheid, Pandekten II S. 370 Anm. 10 und Huschke a. a. O. S. 29 oben.

sagt Ulpian: Singularia quaedam recepta sunt circa pecuniam creditam. nam si tibi debitorem iussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamvis meos nummos non acceperis, und in demselben Sinne zitiert Africanus den Julianus in l. 34 pr. D. 17,1: quod, si a debitore meo iussero te accipere pecuniam, credita fiat, id enim benigne receptum est.

Beide Stellen schildern Fälle, die im Ausgangspunkt dem unsrigen entsprechen. Es kann also gar keinem Zweifel unterliegen, dass auch unser Fall eine solche Vergünstigung bezeichnen will, dass auch hier das Darlehen entsteht, obgleich die Darlehnssumme nicht direkt aus dem Eigentum des Darleihers stammt. Dies steht fest, aber zweifeln kann man darüber, ob mit der Einräumung dieser Besonderheit in der Darlehnsbegründung der Grundsatz von der Notwendigkeit des Eigentumsüberganges vom Darleiher auf den Nehmer überhaupt durchbrochen ist oder ob nicht vielmehr nur die alte strenge Art des Eigentumsüberganges durch eine neue grosszügigere erweitert worden ist, durch die Möglichkeit einer indirekten Übereignung[1]). Der Schuldner befolgt die Aufforderung des Darlehnsgebers darum, weil er eben schuldet d. h. weil er Eigentum zu übertragen hat. Es kann ihm gleichgültig sein, ob sein Gläubiger dieses ihm zu übertragende Eigentum behält oder ob er es sogleich an einen anderen weitergibt. Wenn ihm der Gläubiger daher mitteilt, er habe die Absicht, letzteres zu tun, so wird der Schuldner in der Regel gern bereit sein, seinem Gläubiger die doppelte Mühe eines zwecklosen Erhaltens und Wiederweggebens zu ersparen, und die Sache demjenigen sogleich übergeben, an den sie nach der Willensbekundung des Gläubigers ja doch gelangen soll. Man wird dann sein Geben als eine Handlung auffassen können, die zwei andere mit umfasst: eine, die er im eigenen Interesse vornimmt, nämlich die Übereignung der geschuldeten Sachen an seinen Gläubiger und eine zweite, an der er selbst kein Interesse hat, sondern die er nur, um diesem Gläubiger Mühe zu ersparen und also in dessen Interesse vornimmt, nämlich die Weitergabe der Sachen an eine dritte Person, der der Gläubiger sie weiter übereignen will. Es genügt eben zum Tradieren blosses Zur-

[1]) Vgl. Windscheid a. a. O. II § 370 Anm. 10.

Verfügung-Stellen der Sache[1]). Indem der Schuldner durch seine Bereitwilligkeit, dem Gläubiger zu geben, diesem die „Verfügung" über das Geld verschafft, tradiert er ihm, und der neue Gläubiger stellt nun wiederum einem Dritten das Geld dadurch zur Verfügung, dass er ihm die Möglichkeit verschafft, es anderwärts zu erwerben. Diese beiden nicht in die Aussenwelt tretenden Spannungsverhältnisse finden ihre Lösung in dem einen sichtbaren Akte der Aushändigung, der sich zwischen dem Promittenten und dem Darlehnsnehmer abspielt. Es würde nach dieser Ansicht sich also weniger um ein Abweichen von dem Grundsatz der Darlehnslehre handeln, der Übergang des Eigentums vom Gläubiger auf den Schuldner verlangt, sondern es läge vielmehr ein solcher Eigentumsübergang tatsächlich vor und wäre nur wegen seiner etwas verwickelten Form bemerkenswert. Für die Richtigkeit dieser Konstruktion[2]) scheint in der Tat mit überzeugender Deutlichkeit zu sprechen l. 3 § 12 D. 24,1, wo Celsus, von Ulpian zitiert, behauptet:

. . . . . eum rei gestae ordinem futurum, ut pecunia ad te a debitore, deinde a te ad mulierem perveniret: nam celeritate coniugendarum inter se actionum unam actionem occultari, ceterum debitorem creditori dare, creditorem uxori.

Bei einer Schenkung, die ein Ehemann seiner Ehefrau in der Weise zukommen lässt, dass er seinen Schuldner anweist, ihr zu zahlen, käme, wenn eine solche Schenkung nicht nicht nach Zivilrecht nichtig wäre, das Eigentum von dem zahlenden Schuldner erst durch den Umweg über den Gläubiger an die Frau. So meint Celsus, und warum soll man nicht annehmen, dass er diese Konstruktion des Eigentumsüberganges auch in dem von ihm ganz analog dargestellten Falle des Darlehns in unserer lex aurea angewandt wissen will? Man braucht also durchaus nicht mit Huschke anzunehmen, die Hingabe eines Dahrlehns durch Vermittelung eines Dritten bedeute eine Abweichung von dem Prinzip, dass die dargeliehenen Sachen dem Darleiher gehören müssen. Immerhin wäre selbst eine solche Abweichung, wie Huschke richtig bemerkt, schon deshalb leicht begreiflich, weil ja die übergebenen Sachen beim

[1]) Vgl. hierzu und zum Folgenden Girard a. a. O. S. 556, insbes. Anm. 4, ähnlihh Savigny, System IV. Beil. 10 No. 5 S. 595.

[2]) Vgl. z. B. Heimbach, Lehre vom creditum S. 151.

Darlehen „im Verbrauchseigentum des Empfängers generisch obligatorisch untergehen sollen“ und also in Bezug auf gerade diese konkreten Sachen keine Obligation für den Darleiher entsteht. Anders wäre es bei den „Sachrealkontrakten“. Beim Darlehen enttällt „alles Interesse . . . . . bei der nur von der Rechtsstrenge der ersten Erscheinung des Darlehnsbegriffes erforderten Gabe eigener Sachen stehen zu bleiben“[1]).

Noch dringender notwendig aber wird es, sich auf einen solchen freieren Standpunkt gegenüber der Beurteilung einer Darlehnsentstehung zu stellen, wenn man nicht, wie wir es bisher getan haben, annimmt, dass der Schuldner des Darleihers die geschuldeten Sachen dem Darlehnssucher tatsächlich aushändigt, sondern wenn man annimmt, Celsus habe bei der lex aurea an eine solche reelle Übergabe nicht gedacht, sondern der von ihm dargestellte Tatbestand sei mit der erfolgten Promission seitens des Schuldners abgeschlossen. Für eine solche Annahme spricht einmal der Umstand, dass von einer Übergabe in dem ersten Satz der Stelle kein Wort erwähnt wird, und ferner wäre nicht zu verstehen, warum Celsus überhaupt die promissio erwähnt haben sollte, wenn es ihm nur darauf angekommen wäre, einen Fall zu schildern, in dem Darlehnsgeld aus der Hand eines anderen als des Gebers in die Hand des Nehmers gelangt[2]). Er konnte ja dann den Fall so gestalten, dass der Geber seinen Schuldner zu sofortiger Hingabe des Geschuldeten an den Dritten aufforderte, und dass diese Hingabe dann ohne Dazwischenkunft einer promissio sogleich an den Darlehnsnehmer erfolgte. So wird der Fall anderwärts in den Quellen mehrfach erzählt; warum sollte also Celsus eine überflüssige Komplizierung eingeführt haben? Etwa nur darum, weil vielleicht im römischen Geschäftsleben der Vorgang sich häufig mit solchem Umwege abgespielt hat?[3]) Eine solche Rücksicht würde der Art der römischen Juristen wenig entsprechen, deren Kunst es ja gerade ist, in ihren Ausführungen das juristisch Wesent-

[1]) Huschke a. a. O. S. 29.

[2]) Vgl hierzu Huschke a. a. O. S. 51, ähnlich Trampedach, Z. S. S. R. A. Bd. 17 S. 139/140 und Pflüger ebenda Bd. 18 S. 90 für einen Fall, der dem unsrigen ähnlich dargestellt wird (l. 12 D. 46,2) a. M. z. B. Danz, Forderungsüberweisung S. 96 Anm. 5, der von der lex aurea behauptet, sie setze „offenbar Auszahlung der Darlehnssumme an den künftigen Darlehnsschuldner voraus.“

[3]) Vgl. hierzu Lenel, Jherings Jahrbuch Bd. 36 S. 127.

liche herauszuarbeiten. Es ist also kaum für möglich zu halten, dass Celsus in der Erwähnung des promissio etwas Überflüssiges, durch die nachfolgende datio Wiederausderweltgeschafftes erwähnt habe. Man muss vielmehr annehmen, dass er dieser promissio als solcher in Bezug auf das Schuldverhältnis zwischen Darleiher und Darlehnsnehmer einen selbständigen Wert beigelegt habe, und dieser Wert kann nur der sein, dass bereits durch diese promissio ein solches Schuldverhältnis zustande gekommen ist, auch schon ehe die promissio durch reelle Hingabe der darzuleihenden Gegenstände verwirklicht worden ist. Wie ist diese Ansicht des Celsus zu begründen?

Auch hier eine indirekte Übereignung annehmen zu wollen, scheint mir verfehlt[1]). Auch Stellen wie z. B. die l. 19 § 5 D. 16,1, auf die sich Heimbach[2]) beruft, geben keinerlei Anhalt für solche Annahme. Wohl entscheidet sich in dieser Stelle African dafür, anzunehmen, dass es so anzusehen sei, als ob Geld, das auf Anweisung versprochen sei, schon ehe es gegeben ist, zunächst von dem Versprechenden an seinen Gläubiger, von diesem an den Empfänger des Versprechens gelangt sei, und als ob dann dieser Versprechensempfänger das Geld dem Versprechenden wiederum geliehen habe, aber diese Konstruktion ist doch von African lediglich zur Entwirrung der verwickelten Verpflichtungsverhältnisse dieses Falles gebildet, nicht aber will er mit ihr behaupten, dass sich auch in den Eigentumsverhältnissen schon durch das blosse Versprechen irgend etwas geändert habe.

Es sind vielmehr jene Fälle so gut wie der unsrige solche, „in denen der Mangel der Eigentumsübertragung offenkundig ist.“[3]) Und dennoch will Celsus dem blossen Versprechen für das Verhältnis zwischen dem Darlehnssucher und dem, der darleihen will, eine rechtlich sehr erhebliche Bedeutung geben und behaupten, schon durch dies Versprechen komme eine obligatio zustande. Freilich leugnet Brinz[4]) in seiner Kritik des Huschkeschen Buches über das Darlehen, dass diese entstehende Obligation ein regelrechtes mutuum sei, indem er es für „bedenklich“ hält anzunehmen, dieses formstrenge Geschäft habe jemals eine so

[1]) Ebenso Girard a. a. O., Wendt, Allgemeines Anweisungsrecht S. 44, a. M. Heimbach S. 151/154 und 154 Anm. 1.
[2]) a. a. O.
[3]) Girard a. a. O. S. 557.
[4]) Krit. Viert. Schr. Bd. 25 S. 197.

grosse „Elastizität“ erlangt, dass es auch ohne die ihm wesenseigene Übergabe von Darlehnssachen entstehen konnte. Brinz glaubt vielmehr, Celsus habe mit der Behauptung „obligaris mihi“ nichts anderes gemeint als höchstens, dass ein creditum entstanden sei; das creditum sei aber nicht dasselbe wie das mutuum, sondern das mutuum stelle nur einen besonders strengen Spezialfall des creditum dar. Vielleicht habe Celsus auch nur gemeint, es sei der Darlehnsgeber durch die promissio seines Schuldners nur zur Hingabe von mutua pecunia verbis verpflichtet worden. Brinz begründet seinen Zweifel an dem Entstehen eines richtigen mutuum durch Versprechen seitens Dritter damit, dass er behauptet, wenn dies geschehen könne, dann müsse man ebenso gut das Darlehen auch durch ein Versprechen entstehen lassen, welches der Geber dem Nehmer direkt leistet. Das letztere — damit hat Brinz recht — ist unmöglich denkbar, denn es würde eine derartige Durchbrechung des Grundsatzes von der Realnatur des mutuum darstellen, dass es dem römischen Rechtsgefühl durchaus zuwider wäre. Aber der Vergleich, den Brinz zieht, hinkt etwas. Gewiss, er hat Recht: es wird in den Fällen der Darlehnsbegründung durch promissio eines Dritten ebensowenig Eigentum an den Darlehnssachen übertragen wie bei der direkten promissio zwischen Darleiher und Darlehnssucher, doch ein bedeutsamer Unterschied zwischen beiden Fällen besteht: im letzteren Falle wird dem Darlehnssucher nichts Vorhandenes übergeben, er erwirbt nur einen Anspruch auf einen künftigen Erwerb, in unserem Falle dagegen erteilt der Darleiher mehr als ein blosses Versprechen, denn obschon er kein Eigentum überträgt, so liegt dennoch in seinem Handeln etwas, was dem römischen Rechtsgefühl als mehr erschien denn als blosses Sichverpflichten, das erschien als eine „fiktive Tradition“, wie es in einer Entscheidung des preussischen Obertribunals heisst[1]). Wie sogleich nachzuweisen sein wird, war die Verschaffung eines Schuldners den Römern unter Umständen gleichbedeutend mit der Beschaffung der Schuldsumme selbst. Es wird also nicht nur versprochen, sondern auch gegeben. Die Quellen sagen selbst „reum dare“ für das, was der Darleiher dadurch tut, dass er dem Nehmer

[1]) Seufferts Archiv Bd. 22 S. 86.

das Versprechen des Dritten verschafft[1]): Eine Abweichung von dem Satze der l. 2 § 2 D. 12,1: „si non fiat tuum, non nascitur obligatio“ liegt also vor, eine Abweichung, die nirgends in den Quellen zum Prinzip erhoben ist. Sie ist aber als Ausnahme auch anderwärts in den Quellen zugelassen: vgl. l. 19 § 3 D. 14,3, wo Papinian ein Darlehen entstehen lässt, obwohl keinerlei bare Zahlung erfolgt, sondern der Darleiher auf Aufforderung des Darlehnsnehmers hin den Darlehnsbetrag lediglich an einen Dritten verspricht. Es sind Ausnahmen, aber sie enthalten dennoch den für die fortschreitende Entwicklung begreiflichen Ausdruck einer neuen Auffassung der Übertragung einer „res, die nicht mehr als Eigentumsübertragung, sondern als Übertragung eines Vermögenswertes in das Vermögen des Darlehensnehmers angesehen wird“[2]). Nur daher erklärt sich der Schlusssatz unserer Stelle „pecunia mea ad te pervenit“. „pecunia“ bedeutet nicht unbedingt Geld in baren Münzen, sondern so gut wie ein Vermögenswert als „res“ angesehen wird, kann man ihn auch als „pecunia“ bezeichnen. Was den Wert einer Sache hat, kann man Sache nennen, Geldeswert ist gleich Geld. Zu einer solchen Annahme berechtigen uns Quellenstellen[3]) wie l. 5 pr. D. 50,60, wo Ulpian den Sinn des Wortes „pecunia“ dahin erläutert: pecuniae significatio ad ea referatur, quae in patrimonio sunt; oder l. 222 D. 50,16, wo Hermogenian sagt: pecuniae nomine non solum numerata pecunia, sed omnes res tam soli quam mobiles et tam corpora quam iura continentur. Der Passus „pecunia mea ad te pervenit“ braucht also durchaus nicht, wie Heimbach[4]) es behauptet, zu bedeuten, dass Eigentum an Geldstücken übergegangen ist, sondern pecunia kann das geldeswerte Recht bedeuten, welches der Darlehnssucher durch die Promission erlangt. Gegen die Behauptung der Entstehung des Darlehens schon durch die promissio spricht also der Gebrauch des „pecunia pervenit“ durchaus nicht.

Der Beweis dieser Behauptung wäre demnach nunmehr bis auf einen einzigen Punkt erbracht. Es muss nämlich, wie schon oben bemerkt, noch nachgewiesen werden, dass die

---

[1]) Vgl. l. 11 D. 46,2 und Huschke a. a. O. S. 51.
[2]) Girard a. a. O. S. 557/558.
[3]) Vgl. Heumann-Seckel s. pecunia.
[4]) a. a. O. S. 153

erwähnte promissio tatsächlich ihren Empfänger in dieselbe Lage versetzt, als habe er das darzuleihende Geld wirklich aus den Händen des Schuldners empfangen; mit anderen Worten: Kann man den Satz „qui delegat, solvit“ soweit gehend verstehen, dass die causa des sogenannten Valutaverhältnisses d. h. des Schuldgrundverhältnisses zwischen Anweisendem und Anweisungsempfänger sogar schon durch die blosse Promission seitens des Delegaten verwirklicht wird, dass es also so angesehen wird, als habe der Delegant die vom Delegaten versprochene Leistung dem Delegatar schon in dem Augenblick reell gemacht, in dem er ihm durch das Versprechen des Delegaten ein Forderungsrecht verschafft? Die Antwort auf diese Frage ist in der Literatur überaus bestritten. Salpius[1]) stellt für die reine Delegation[2]) uneingeschränkt den Satz auf: „Die Delegation bewirkt nicht Novation, sondern Zahlung.“ Seine Gegner leugnen die Richtigkeit dieses Satzes. Wenn es gelingt den Nachweis zu führen, dass es sich in unserem Falle um eine reine Delegation handelt und wenn es ferner gelingt, die Gegner des Salpius zu widerlegen, dann erweist sich unsere Behauptung als richtig, dass in der lex aurea durch die auf Grund des iussum erfolgte promissio eine reelle datio bewirkt worden und ein Darlehen entstanden ist.

Salpius und seine Anhänger führen für ihre Ansicht eine Reihe von Fällen an, die überzeugend für die von ihnen vertretene m. E. richtige Auffassung sprechen. In der l. 18 D. 47,1 heisst es: „qui debitorem suum delegat, pecuniam dare intellegitur, quanta ei debetur.“ Demnach können die Worte „qui delegat, solvit“ nur so aufgefasst werden, dass der Delegant den Delegaten mit Erfolg zu einem Tun auffordert und dass in diesem Tun zugleich die Erfüllungshandlung des Deleganten gegenüber dem Delegatar erblickt wird. Besteht nun im konkreten Falle dieses Tun, zu dem aufgefordert ist, in dem blossen Sprechen, lautet also das iussum nur auf ein „promittere“, so ist es klar, dass

---

[1]) a. a. O. S. 106 ähnlich S 26, derselben Ansicht z. B. Lenel in Jherings Jahrb. Bd. 36 S. 127, Pernice, Z. S. S. R. A Bd 19 S. 118 ff, a. M. Windscheid a. a. O. § 412 Anm. 17, Danz a. a. O. S. 96 Anm. 5, Gide, Novation S. 453.

[2]) d h für die Fälle, bei denen auf das Grundverhältnis zwischen Anweisendem und Angewiesenem nicht Bezug genommen wird.

die „Delegation“ mit diesem Versprechen und seiner Entgegennahme durch den Delegatar abgeschlossen ist. Weit deutlicher noch spricht denselben Gedanken Celsus selbst aus in l. 21 § 1 D. 39,5, in der ein Delegant zum Zweck einer Schenkung seinen Schuldner zum blossen Versprechen der Schenkungssumme durch iussum delegiert und wo dem Delegaten gegen den Delegatar eine Einrede aus dem Schenkungsvertrage zwischen Delegant und Delegatar verweigert wird mit der Begründung, es sei so anzusehen, als habe der Delegant an den Beschenkten das Geschenk bereits ausgehändigt und dieser habe es dann erst dem Delegaten geliehen und sich die Rückgabe stipulieren lassen. Diese Begründung sagt mit anderen Worten: Die Person des Deleganten ist aus dem Schuldverhältnis im Augenblicke der Promission ausgeschieden, sie hat in diesem Augenblick bereits alles getan, was sie zu tun hat, das Geschenk gilt als aus ihrer Hand in die des Beschenkten gelangt. Dass das Geschenk sich tatsächlich nicht bei dem Beschenkten befindet, geht den Schenker nichts an. Die abstrakte Natur des Deckungsverhältnisses ist die wahre Ursache für die Befreiung des Deleganten, und es ist daher nicht ganz scharf von Celsus gedacht, wenn er für dieses Verhältnis Folgen aus einer Tatsache zieht, die selber erst Folge der Natur dieses Verhältnisses ist. Weil die Stipulation zwischen Delegat und Delegatar eine abstrakte ist und also keinen Einreden aus dem Valutaverhältnis ausgesetzt ist, darum eben geht den Deleganten diese Stipulation nichts an und wird es so angesehen, als habe er das Seinige bereits getan, nicht aber umgekehrt.[1]) Dies stellt die Bemerkung des Celsus unzweifelhaft fest trotz der Verwechslung von Ursache und Wirkung.[2]) Beide angeführten Stellen sprechen eine überaus deutliche Sgrache, und daher können auch die Gegner des Salpius nicht leugnen, dass in den dargestellten Fällen tatsächlich schon durch die Delegation zur promissio eine datio des Deleganten bewirkt wird. Um trotzdem die Ansicht des Salpius von der Solutionsnatur einer solchen Delegation widerlegen zu können, muss daher Gide[3]) die Konstruktion, die diese Stellen geben, als eine blosse „figure de

[1]) S. l. 66 D. 46,3.
[2]) Vgl. v. Salpius a. a. O. S. 120.
[3]) a. a. O. S. 452.

language" bezeichnen, und Windscheid[1]), der ihre Realität zugibt, muss zu der Behauptung greifen, es verbiete nichts die Annahme, dass in den angeführten Fällen die Parteien ausdrücklich beredet hätten, die blosse promissio solle ausnahmsweise bereits als Erfüllung gelten. Für die Annahme einer solchen Beredung fehlt jedoch jede Handhabe, während gegen unsere Ansicht von der stärkeren Wirkung der Delegation auch die Stellen nicht sprechen, die Windscheid anführt, um zu beweisen, dass Salpius sich irrt. Es sind dies die Zwillingsstellen

l. 18 § 1 D. 39,6

und l. 31 § 3 D. 39,6,

in denen gefragt wird, wieviel ein Beschenkter dadurch erhält, dass ihm ein Schuldner von Todes wegen angewiesen wird. Die Antwort, die Julian auf diese Frage gibt, lautet: Es müsste so angesehen werden, als hätte der Beschenkte nur soviel erhalten, wie der Angewiesene tatsächlich zu zahlen fähig gewesen wäre. Als Grund für diese Entscheidung gibt Julian an, dass ja der Schenker, wenn er wieder genesen wäre, auch nur die Forderung selbst hätte zurückverlangen können. In der Tat scheinen diese beiden Stellen für Windscheids Ansicht von der schwächeren Wirkung der Delegationsstipulation zu sprechen. Aber bei näherer Betrachtung wird man auch sie derartig auslegen können, dass sie sich durchaus in den Rahmen der Lehre von der stärkeren Wirkung einfügen. Mit Recht bemerkt Pernice[2]) dass es durchaus begreiflich sei, wenn man die Frage, wie hoch ein beschenkter Delegatar „capiere" dahin beantwortet, er erhalte eben nur soviel, wie der Angewiesene zahle[3]), dass aber diese Entscheidung mit dem Satze „qui delegat, solvit" nichts zu tun habe. In der Tat will eine solche Entscheidung doch garnicht darauf eingehen, ob der Anweisungsempfänger schon durch die promissio selbst die Schenkung überhaupt erlangt habe, sondern sie will nur feststellen, wie hoch dies zweifellos tatsächlich Erlangte einzuschätzen ist, und da entspricht es denn, wie Pernice an anderer Stelle[4]) mit Recht bemerkt, der Billigkeit, zu bedenken, dass doch der

---

[1]) a. a. O. § 412 Anm. 17.
[2]) Labeo III 1 S. 282 Anm. 2.
[3]) bezw. zahlen könne.
[4]) Z. S. S. R. A. Bd. 19. S. 118 ff.

Beschenkte einen ganz ungerechtfertigten Schaden erleiden würde, wenn er demjenigen, der ihm sterbenskrank durch Delegationsstipulation eine „faule" Forderung auf die geringe Aussicht hin, dass er ja etwas aus ihr erlangen könne, zum Geschenk gemacht hat, wenn er diesem Schenker nun, der zufällig wieder gesund wird, den ganzen hohen Schuldbetrag in bar auszahlen müsste, während er selbst vielleicht nur eine geringe Summe von dem Stipulanten herausbekommen kann. Es ist also weiter nichts als eine der Billigkeit entsprechende Auslegungsregel, wenn man den Beschenkten nicht mehr zurückgeben lässt, als den Wert seiner Forderung gegen den Delegaten. „Erhalten" hat er schon durch die Stipulation bares Geld, aber eben nur soviel wie der Angewiesene tatsächlich zu zahlen vermag, eine Besonderheit, die an der Richtigkeit des Satzes „qui delegat, solvit" nichts ändert.

Dieser Satz ist auch nicht so „extraorbitant"[1]), so gegen „l'équité et la raison"[2]) wie die Gegner im Hinblick auf moderne Verhältnisse behaupten. Es klingt vielmehr sehr überzeugend, wenn Lenel[3]) darauf aufmerksam macht, im Gegensatz zu den jetzigen Verhältnissen sei es in Rom für den Empfänger einer Leistung eine grössere Wohltat gewesen, wenn dieselbe in einem blossen Recht bestanden habe, als wenn er bares Geld erhalten hätte. Schon Pernice[4]) hat auf die Bedeutung der römischen Banken als der durchaus sicheren, nahezu mit publica fides ausgestatteten Geldaufbewahrer des Altertums und vor allem als der Mittelpunkte des Anweisungsverkehrs hingewiesen. Dies bietet eine wertvolle Ergänzung zu den Ausführungen Lenels, der behauptet, eine fällige Forderung gegen einen sicheren Schuldner müsse dem römischen Geschäftsmann erwünschter gewesen sein als bares Geld, dessen Aufbewahrung ihm bei den unsicheren Verhältnissen Gefahr und Mühe gebracht hätte. Nicht also darum, weil er nicht in der Lage war, eine fällige Schuld zu delegieren, wies er eine noch nicht fällige Forderung an, sondern der Normalfall war der, dass er statt, wie er wohl konnte, den Schuldner zur Bezahlung anzuweisen,

---

[1]) Windscheid a. a. O., ebenso Danz a. a. O. S. 96 Anm. 5.
[2]) a. a. O. S. 453.
[3]) Jherings Jahrb. Bd. 36 S. 130.
[4]) Z. S. S. R. A. Bd. 19 vgl. insbes. S. 116/117.

es auf besonderen Wunsch des Leistungsempfängers bei einer blossen Delegation zur Promission bewenden liess. Sobald der Empfänger das bare Geld brauchte, konnte er es ja sogleich von dem angewiesenen Schuldner erhalten. Er genoss also den guten Tropfen; warum sollte der Leistende den bösen haben und solange verpflichtet bleiben, bis der Empfänger sich bequemte, das bare Geld entgegen zu nehmen? Von diesem wirtschaftlichen Standpunkt aus betrachtet, erscheint der Widerstand der Gegner in der Tat als vollkommen unbegründet.

Wir können also für den Fall der lex aurea annehmen, dass die promissio seitens des Deleganten das Darlehen bei richtigem Consens der Contrahenten vollgültig zustande gebracht und dem Geber die Darlehnsklage verschafft hätte.

Denn dass in dieser lex aurea tatsächlich ein Fall von reiner, abstrakter Delegation gemeint ist, dafür spricht die Fassung des Textes. Auch in den von uns angeführten sonstigen Fällen reiner Delegation hiess es einfach von dem Tun des Deleganten „delegare“ oder „promittere iubere“. Man kann also annehmen, dass der Gebrauch dieser und ähnlicher Ausdrücke, wenn er ohne weitere besondere Zusätze erfolgt, stets für eine reine Delegationsstipulation spricht. So lehrt auch Salpius[1]) und er bezeichnet dementsprechend die lex aurea ausdrücklich als einen Fall reiner Delegation[2]), in dem das Darlehen mit der promissio gültig zustande kommen würde, wenn nur consensus der Parteien vorläge.

Was meint nun Celsus, indem er den consensus leugnet, und welches sind die Schlüsse, die man aus dessen Fehlen für das Rechtsverhältnis der handelnden Personen ziehen muss?

Es herrscht Streit darüber, was consentire in den Quellen bedeutet, ob es das Übereinstimmen der im Hirn zweier Personen befindlichen Willensinhalte samt deren Erklärungen oder lediglich das Übereinstimmen des Sinnes der von ihnen abgegebenen Erklärungen ausdrücken will. Was das Wort consensus in den römischen Quellen m. E. bedeutet, zeigt gerade auch die lex aurea, wie sich aus folgenden Erwägungen ergibt.

---

[1]) a. a. O. S. 130.
[2]) a. a. O. S. 110.

Stimmen in dieser lex die Erklärungen der Vertragsschliessenden ihrem objektiven Sinne nach überein oder erklärt jeder etwas anderes als der andere? Der Delegant zunächst erklärt: „Ich weise Dich, meinen Schuldner, an, dem Tu zu versprechen, und habe dabei den Willen, dass dadurch der Tu mein Darlehnsschuldner werde.“ Indem nunmehr der Delegat auf diese Anweisung hin tatsächlich dem Tu verspricht, erklärt er ein Doppeltes: einmal, er sei bereit dem Tu eine Geldsumme zu zahlen. Diesen Sinn seiner Erklärung legt er selbst bewusst in sie hinein. Ein zweiter Sinn aber steckt objektiv betrachtet in ihr, obwohl der Erklärende selbst es nicht weiss oder wenigstens nicht zu wissen braucht. Er erklärt nämlich zugleich mit seinem Versprechen, dass das Versprochene als ein Darlehen seines Anweisenden an den Tu gelangen solle, und zwar erklärt er dies als blosses Werkzeug der Nachrichtsübermittlung zwischen Darleiher und Darlehnssucher, wie wir schon oben ausgeführt haben. Welches ist nun schliesslich die Erklärung des Tu, die er als Antwort auf das Angebot des Delegaten, wenn schon in der äusseren Form der Stipulationsfrage abgibt. Auch diese Antwort hat einen doppelten Sinn; denn einmal erklärt sich der Tu einverstanden damit, dass der Delegat ihm 100 verspreche. Da aber aus der ganzen Sachlage hervorgeht, dass diese 100 nicht als von dem Delegaten selbst herstammend angesehen werden sollen, sondern dass sie als Darlehen seines Anweisenden angeboten werden, so liegt in der Annahme des Tu weiter die Erklärung, dass er von dem Anweisenden des Promittenten das Darlehen als solches entgegen nehme und also den Vertrag zum Abschluss bringen wolle. Die drei Erklärenden sprechen also eine durchaus deutliche, keineswegs doppelsinnige Sprache, da objektiv nur ein Anweisender vorhanden ist und sich auf ihn als den einzig Anweisenden die Erklärungen sowohl des Angewiesenen als auch des Anweisungsempfängers beziehen, und man kann nicht zugeben, dass, wie Leonhard[1]) behauptet, ihre Erklärungen „zweideutig“ seien. Wenn also Celsus trotzdem behauptet, es läge kein consensus vor, so muss er mit diesem Worte m. E. einen anderen Sinn als blosses Übereinstimmen der Erklärungen verbinden. Die Stelle spricht demnach durchaus

[1]) Der Irrtum als Ursache nichtiger Verträge II S. 51.

für die ältere Auffassung des Wortes consensus als des Übereinstimmens des Willens mehrerer Personen. Diese innere Übereinstimmung muss in unserem Falle nach der Ansicht des Celsus fehlen, uud es liegt auf der Hand, dass dem wirklich so ist. Denn dadurch, dass der Tu glaubt, die Person, deren Angebot er tatsächlich annimmt, sei eine andere als die, welche sie in Wirklichkeit ist, verbindet er mit seiner Erklärung einen anderen Sinn als der Darlehnsgeber mit seiner Delegationserklärung. Dieser will sich, jener will einen anderen, den Titius, zum Darlehnsgläubiger machen. Beide wollen also Verschiedenes. Dass demnach ein innerer „dissensus" zwischen ihnen vorliegt, bedarf keiner weiteren Erläuterung. Noch nicht gesagt ist aber mit dieser Feststellung, wie im einzelnen der Wille der handelnden Personen in Bezug auf die ihn ausdrückende Erklärung zu beurteilen ist und auf welche Ursache somit das Auseinanderfallen der Erklärungen und der Willen zurückzuführen ist.

Für diese Ursache besteht eine doppelte Möglichkeit. Entweder sie liegt darin, dass zwar die Erklärung eines jeden Erklärenden mit seinem Willen übereinstimmt, dass aber die Erklärungen selbst den Tatbestand nicht erschöpfend klären und also ein vacuum übrig bleibt, über das die Erklärenden nicht einig sind. Diesen Fall pflegt man als Dissens im engeren Sinne zu bezeichnen. Oder aber die Ursache für das Auseinanderfallen von Wille und Erklärung liegt nicht, wie in diesem ersten Falle, auch in der Aussenwelt, sondern vielmehr darin, dass lediglich innerhalb des Gehirns eines oder mehrerer der Erklärenden ein Zwiespalt derart besteht, dass der Betreffende, ohne es zu wissen, etwas erklärt, was seinem wahren Willen nicht entspricht. Man sagt in diesem Falle, der Erklärende befinde sich im Irrtum[1]).

Um uns entscheiden zu können, welche dieser beiden Ursachen den dissensus unseres Falles verschuldet, müssen wir also zunächst untersuchen, ob in den Erklärungen der handelnden Personen ein Punkt unberücksichtigt geblieben ist, über den sie sich nicht in Willensübereinstimmung befinden. Die Bejahung dieser Frage würde die Suche nach einem Irrtum über-

[1]) Vgl. hierzu Savigny a. a. O. § 135 A und B.

flüssig machen. Dieselbe wird erst nötig, wenn man einen solchen Dissens im engeren Sinne als nicht vorhanden nachweist. Es liegt nun m. E. kein Dissens im engeren Sinne vor. Der Punkt, über den in unserem Falle die Conrahenten nur scheinbar eine Erklärung abgegeben hätten, über den aber in Wahrheit garnicht von allen Seiten ein Wille erklärt wäre, dieser Punkt könnte doch nur die Person des Darleihers sein. Wesentlich ist die Bestimmung dieser Person einem Darlehen allerdings sicher, aber es muss geleugnet werden, dass über sie nicht wirklich von den Contrahenten ein Wille geäussert worden ist. Dass der Ego selbst sich zum Darleiher machen will, indem er delegiert, und dass diesen Willen für ihn auch der Delegat rechtswirksam ausspricht, wird niemand leugnen wollen; es kann aber auch das weniger Selbstverständliche nicht widerlegt werden, dass auch der Tu einen ganz bestimmten Willen bezüglich der Person dessen, von dem er das Darlehen erhalten will, äussert. In seiner Annahme der promissio liegt, wie schon ausgeführt, die Erklärung, er wolle mit dem Deleganten des Promittenten einen Darlehnsvertrag abschliessen. Er erklärt also, diese concrete Person zu seinem Vertragsgegner machen zu wollen, und da diese Person, wie gesagt, sich selbst ebenfalls als einverstanden erklärt, so kann man nicht leugnen, dass die Parteien auch hinsichtlich der Person des Darleihers übereinstimmende Willenserklärungen abgegeben haben.

Wenn trotzdem der consensus fehlt, so bleibt als Ursache hierfür demnach nur die andere Mögligkeit übrig, dass der tatsächlich erklärte Wille einer oder mehrer der handelnden Personen ihrem wahren Willen nicht entsprach, dass also ein Irrtum vorlag. Um diese Möglichkeit als vorliegend zu erweisen, müssen wir den Vertragswillen der einzelnen handelnden Personen untersuchen.

Ego, der Delegant, erklärt durchaus das, was er wirklich erklären will. Er will mit dem Tu, den er ganz genau kennt, durch seinen Schuldner ein Darlehen schliessen, und was er tut, ist durchaus geeignet, zu diesem Ziel zu führen. Sein Handeln ist mit der erfolgten Delegation des Schuldners abgeschlossen, und selbst wenn man in Betracht zieht, dass er nunmehr glaubt, der Vertrag werde tatsächlich zustande

kommen, während dies nicht geschieht, so ist diese irrige Annahme doch nur ein Irrtum über den erfolgten Consens, nicht Irrtum, der den Consens verhindert. Ein solcher Irrtum ist aber durchaus unerheblich.

Der Delegat irrt ebenfalls nicht bei seiner Handlung. Er will demjenigen promittieren, an den er gewiesen ist und der ihm als Tu bezeichnet ist. Diesen Willen setzt er getreulich in die Tat um. Der Zweck seines Handelns ist Befreiung von der Schuld; diesen Zweck allein will er auch. Von dem Darlehnsvertrage weiss er nichts oder er geht ihn doch nichts an. Wüsste er aber selbst, so setzte er durch sein eignes Versprechen nur den Willen seines Deleganten in die Tat um, und dieser Wille ist, wie gesagt, nicht irrig.

Es bleibt als Subjekt des gesuchten Irrtums also nur der Empfänger des Versprechens, der Tu, übrig. Dieser befindet sich bei seiner Erklärung tatsächlich im Irrtum. Er glaubt, der Delegat des Titius verspreche ihm, während es in Warheit derjenige des Ego ist. Wie ist dieser Irrtum nun im einzelnen zu analysieren?

Zunächst ist klar, dass es sich nicht um einen solchen Irrtum handelt, den Brinz[1]) „Verwirrung", error in corpore nennt. Der Tu sagt nichts anderes als das, was er im Augenblicke der Abgabe der Erklärung tatsächlich zu sagen beabsichtigt. Er verspricht sich nicht, indem er seine Einwilligung erteilt; er versieht sich nicht, indem er sie gerade der ihm gegenüberstehenden Person ausspricht. Er handelt vielmehr durchaus mit folgerichtiger Überlegung und weiss ganz genau, was er spricht und wem gegenüber er es tut. Wenn er trotzdem irrt, so liegt dies also nicht an einer momentanen Verwirrung, sondern vielmehr daran, dass er über den objektiven Inhalt seiner Erklärung eine falsche Vorstellung hat: Er wähnt zum Schuldner des Titius zu sprechen und spricht zu dem des Ego.

Worauf beruht weiter diese falsche Vorstellung? Nicht darauf, dass er den Delegaten für einen anderen Menschen hält als er wirklich ist. In der Stelle ist nirgends erwähnt, dass der Titius dem Tu früher einmal von einer konkreten

[1]) Pandekten Bd. IV § 525 S. 36.

Person gesprochen habe, die sein Schuldner sei, und dass der Tu den ihm gegenüberstehenden Promittenten nunmehr fälschlich für diese Person halte[1]). Für eine solche Annahme spricht nichts; man muss vielmehr annehmen, dass der promissor dem Tu als eine Person entgegentritt, über die er in Angelegenheit des beabsichtigten Darlehnsgeschäftes noch garnichts gehört hat, etwa als ein bekannter Bankier. Diesen Mann hält er also durchaus für den, der er ist. Hat er ihn vorher schon gekannt, so erkennt er ihn wieder; andernfalls lernt er ihn nun kennen, ihn selbst, so wie er ist, ohne ihn mit einer andern Person zu vergleichen, das Individuum als solches. Über die Identität dieser Person macht er sich keinerlei Gedanken, er kann also auch nicht über sie irren. Läge aber selbst der Fall anders, so würde auch das nicht weiter ins Gewicht fallen; selbst wenn er vorher von diesem Manne als von dem Schuldner des Titius gehört hätte, so würde er doch im Verhältnis zum Promittenten nur im Beweggrund seines Handelns irren, indem er nun von dieser Person sich versprechen lässt. Um mit Windscheid[2]) zu reden, würde er in diesem Falle „einer auf Grund sinnlicher Wahrnehmung vorgestellten und als solcher richtig bezeichneten Person ein Individualisierungsmerkmal zuschreiben, welches nicht für diese Person, sondern für eine andere wahr ist". In solchem Falle aber — meint Windscheid mit Recht — ist die als gewollt bezeichnete Person auch wirklich gewollt[3]): „certus ego sum"[4]).

Wie der Fall also auch immer liegen mag, soviel steht fest, das der Tu über die Person des Delegaten nicht in erheblicher Weise irrt. Aber hinter dieser Person steckt für ihn ja eine andere verborgen, die des Darlehnsgebers, und über diese irrt er tatsächlich in einer den Consens vernichtenden Weise[5]). Der Delegat ist ihm gegenüber nur Träger der Consenserklärung; aus seiner Stimme klingt ihm die Stimme

---

[1]) So Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft S. 559; gegen ihn wie im Text Thomsen, Die rechtliche Willensbestimmung S. 45.

[2]) a. a. O. § 76 a. d.

[3]) Vgl. zum Beweise z. B. l. 67 (66) § 4 D. 47,2, l. 52 § 21 D. 47,2.

[4]) l. 18 D. 47,10.

[5]) Ebenso: Savigny § 136 S. 270, Huschke a. a. O. S. 25, Girard a. a. O. Bd. II S. 500, a. M. z. B. Brinz, Pandekten Bd. 4 S. 56, Zitelmann a. a. O. S. 556.

des Ego entgegen, der hinter seinem Sprecher wie durch eine Wand verborgen steht. Der Tu meint, die Stimme, die ihm da entgegenklingt, sei die des Titius; er hält also den Sprechenden für diesen Titius. Er hat also eine falsche Vorstellung darüber, wer sein Gegenkontrahent ist. Der Tu bezeichnet — um wiederum mit Windscheids Worten zu sprechen — den Titius, „eine für den Willen durch frühere sinnliche Wahrnehmung individualisierte Person, durch ein Individualisierungsmerkmal, welches nicht für die sinnlich wahrgenommene, sondern für eine andere Person wahr ist.“ Er denkt: Du, Titius, bist Gläubiger des vor mir stehenden Delegaten, während in Wahrheit Gläubiger der Ego ist. Mit Recht wird übrigens darauf aufmerksam gemacht[1]), dass man einen solchen Irrtum nicht als Identitätsirrtum bezeichnen darf. Der Tu verwechselt ja nicht zwei Personen mit einander, sondern er glaubt, die Person Titius stehe ihm gegenüber, während er an den Ego vielleicht garnicht denkt. Er wähnt also nicht irrtümlich, die reale Person Ego sei das Modell des Bildes Titius, das er in seinem Hirne trägt, und umgekehrt, der Titius sei das Modell des Bildes Ego, sondern er vergleicht Bild und Wirklichkeit garnicht mit einander, und wähnt ohne weiteres, sein Gegenüber sei Titius. Dass ein solcher „Irrtum über die Person schlechthin“[2]) den consensus ausschliesst, das also beweist die lex aurea deutlich. Er schliesst ihn immer aus, gleichviel, ob es dem Erklärenden gleichgültig war, mit wem er contahiere. Er wollte in concreto den Titius, und selbst wenn ihm der Ego ebenso lieb als Darlehnsgeber wäre wie jener Titius, ihn hat er nicht gewollt, und also ist kein consensus mit ihm zustande gekommen[3]).

Welches ist nun, fragen wir weiter, die Folge dieses mangelnden Consenses? Celsus antwortet dem Tu auf diese Frage: „nullum negotium mecum contraxisti — hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest“. Es kann dahingestellt bleiben, ob Celsus mit diesen Worten sagen will, es sei über-

---

[1]) Ryck, in der Festgabe für Beseler S. 145 und andeutend schon Brinz, Pandekten 4 S. 56.

[2]) Ryck a. a. O. S. 145.

[3]) „qui aliud dicit quam vult, neque id dicit quod vox significat, quia non vult, neque id quod vult, quia id non loquitur.“ l. 3 D. 34,5.

haupt kein Darlehnsgeschäft zwischen den Contrahenten zustande gekommen, wofür die Stellung des Wortes nullum vor und unmittelbar neben sein Hauptwort negotium zu sprechen scheint[1]), oder ob man annehmen will, ein Darlehnsgeschäft sei trotz des fehlenden Consenses vorhanden, aber es sei so mangelhaft entstanden, dass es von demjenigen, der sich im wesentlichen Irrtum bei Abgabe seiner Vertragserklärung befand, wieder aus der Welt geschafft werden kann[2]). Auch wenn nur letzteres von Celsus gemeint wäre, wäre in unserem concreten Falle dennoch sicher so zu entscheiden, dass ein Darlehnsgeschäft für den Richter nicht vorhanden ist; denn wenn es nicht schon ipso iure völlig hinfällig war, so hat eben der dazu Berechtigte die Zerstörbarkeit geltend gemacht. Andernfalls könnte Celsus nicht voraussetzen, die Verbindlichkeit aus dem Darlehen bestünde nicht. Es ist in Wahrheit nicht creditiert. Das steht fest, und es ist nunmehr unsere Aufgabe zu untersuchen, wie sich durch diese Erkenntnis die Folgen der von den handelnden Personen vorgenommenen Rechtsgeschäfte ändern. Celsus selbst spricht diese Folgen nur zum Teil ausdrücklich aus, indem er eine Rückgabeverpflichtung trotz des hinfälligen Darlehnsgeschäftes behauptet. Wie kommt er dazu?

Hat in dem Falle, das aus der dem Tu delegierten Forderung die Zahlung reell erfolgt ist, der Empfänger an den übergebenen Goldstücken überhaupt Eigentum erworben?

Liegt der Fall so, dass der Tradent garnicht Eigentümer war, sondern dass er das Eigentum des Deleganten „ministerio" auf den Delegatar überträgt, so sind Subjekte der Tradition Delegant und Delegatar selber. Da zwischen diesen beiden Personen ein wesentlicher Geschäftsirrtum steht, so muss man annehmen, dass eine Tradition des Ego, den der Tu für den Titius hält, ebenso nichtig ist, wie das zugrundeliegende Rechtsgeschäft, das Darlehen selber. Ein Eigentumserwerb könnte in solchem Falle also höchstens durch Consumption der übergebenen Münzen erfolgen.

Anders liegt es, wenn man, wie es näherliegend erscheint, annimmt, der übertragende Eigentümer sei der De-

[1]) Leonhard a. a. O. II S.37.
[2]) Vgl. hierzu Mitteis, Römisches Privatrecht I S. 723ff.

legat selber. Auch in diesem Falle liegt allerdings im Hinblick auf das Verhältnis zwischen dem Anweisenden und Anweisungsempfänger eine nichtige causa zugrunde[1]), nämlich der Darlehnsvertrag; aber von dieser causa weiss nur eins der beiden Subjekte der Übereignung, nämlich der Empfänger. Diese causa ist garnicht die unmittelbare causa der Übereignung. Der Geber setzt bei seinem Geben nicht diesen Darlehnsvertrag, der ihn als blossen Delegaten nichts angeht, als causa, sondern er gibt Eigentum, um sich von der abstrakten Stipulationsschuld gegenüber dem Delegatar zu befreien; diese aber ist eine durchaus gültige causa für die Übereignung. Wäre eine solche Stipulation nicht erfolgt, sondern hätte der Delegat sogleich an den Delegatar zu zahlen gehabt, dann hätte die Sache allerdings viel eicht anders gelegen. In der l. 3 § 12 D. 24,1 wird nämlich berichtet, dass Celsus im Falle einer durch Zahlungsanweisung bewerkstelligten nichtigen Schenkung die Sache so angesehen habe, als sei das Eigentum, das ja bei der Delegation den Umweg vom Delegaten über den Deleganten auf den Delegatar nehme, infolge der Hinfälligkeit des Valutaverhältnisses vor der letzten Etappe des Weges bei dem Deleganten verblieben. Dass also überhaupt Eigentum vom Tradenten übertragen ist, das gibt Celsus ohne weiteres zu, obwohl das Valutaverhäitnis ein nichtiges war. Er lässt dies Eigentum aber nicht den Delegatar selbst erwerben, sondern er gibt es dem Deleganten. Dadurch nun, dass in unserem Falle nur zur promissio delegiert wird, ändert sich aber die Folgerung. Durch diese dazwischentretende promissio wird der Delegat zum Vertragsgegner des Delegatars, und also erwirbt dieser und nicht der Delegant das Eigentum. Für eine solche Auffassung spricht ferner auch die l. 34 § 7 D. 46,3 die besagt, dass, wenn der Delegatar für den Deleganten erwirbt, während dieser schenken will, mit der Übergabe seitens des Delegatars an den Deleganten dieser Eigentum erwirbt. Da muss doch wohl dies Eigentum der Delegatar besessen haben[2]).

---

[1]) Vgl. Voigt a, a. O. S. 74/76.

[2]) Im Resultat übereinstimmend Voigt a. a. O. Vgl. ferner Wendt, Allgemeines Anweisungsrecht S. 36 ff. a. M. v. Koschenbahr-Lyskowsky, Die Bereicherungsklage im klassische römischen Recht, der annimmt das Eigentum sei im Fall der lex aurea nur durch Consumption übergegangen, I S. 130.

Aus den angegebenen Stellen ergibt sich ferner mit Deutlichkeit, dass der Delegat trotz Hinfälligkeit des Valutaverhältnisses durch seine Leistung an den Delegatar von seiner Verbindlichkeit gegen den Deleganten frei wird: „et dici posset . . . . debitorem liberatum", „debitor liberatur". Dass eine solche Schuldbefreiung eintritt, ergibt sich übrigens auch aus dem Wesen der reinen Delegation, bei der der Delegat dem Deleganten gegenüber Einreden aus dem Valutaverhältnis nicht geltend machen kann und bei der also auch der Delegant nicht zu Ungunsten des Delegaten sich auf Mängel im Valutaverhältnis berufen kann. Hieraus aber folgt auch, dass der Delegat, was er an den Delegatar geleistet hat, sei es nur das Versprechen, sei es bereits das Geld, nicht etwa deshalb zurückfordern kann, weil das Darlehen zwischen Deleganten und Delegatar hinfällig war. Dieses Valutaverhältnis geht ihn, der blosse Zahlungsmaschine ist, nicht das mindeste an. Es ist vielmehr so anzusehen, als habe der Delegant selbst dem Delegatar geleistet.

Aus dieser Leistung nun, meint Celsus weiter, ist der Empfänger dem Leistenden zur Rückgabe verpflichtet[1]), obwohl ein Rechtsgeschäft, durch das eine solche Rückgabeverpflichtung vereinbart worden wäre, wegen des fehlenden consensus nicht vorhanden sei; und zwar bestehe diese Rückgabepflicht darum, weil es recht und billig sei, dass jemand zurückerhalte, was aus seinem Vermögen an einen andern gelangt ist. Über die historische Entwicklung dieses Satzes haben die ältere und die neuere romanistische Wissenschaft abweichende Ansichten geäussert.

Die ältere romanistische Lehre[2]) wollte ihn aus dem Grundsatz ableiten, dass dasjenige, was jemandem geliehen sei, von dem Leiher zurückerstattet werden müsse. Aus diesem Satze des Darlehnsrechtes habe man mit fortschreitender Entwicklung geschlossen, auch in dem Falle, in dem eine solche ausdrückliche Vereinbarung nicht vor-

[1]) „nec novum, ut, quod alius solverit. alius repetat" (l. 5 D. 12,6).

[2]) z. B. Savigny V Beilage 14 S. 512: „indem ich also das Darlehen als die Grundlage der Condictionen ansehe und aus ihm das Wesen derselben zu erklären suche." Ders. Meing. auch Pfersche, Bereicherungsklagen S 24.

läge, müsse man dasjenige zurückgeben, was man aus fremdem Vermögen erlangt habe, ohne dass es in der Absicht des Inhabers dieses Vermögens gelegen habe, dasselbe um diesen Bestandteil für immer zu verringern. Es habe mit anderen Worten mit fortgeschrittener Entwicklung eine Verpflichtung zu solcher Rückgabe ebenso bestanden, als sei sie vertraglich ausgemacht gewesen, sie habe also „quasi" auf einem Vertrage beruht.

Gerade umgekehrt geht die neuere Richtung der Gelehrten[1]) vor. Sie betont, dass in alter formenstrenger Zeit die Möglichkeit einer Hingabe von Geld unter formloser Vereinbarung der späteren Rückgabe noch keinerlei verpflichtende Wirkung gehabt habe. Da sich aber schon in sehr alter Zeit[2]) die Erkenntnis durchgerungen habe, dass es unbillig sei, wenn jemand fremde Sachen erlange, ohne dass ein rechtlicher Grund dafür vorläge und da man infolgedessen eine Klage geschaffen habe, die sogenannte condictio, durch die eine solche Bereicherung durch grundloses Haben von dem Benachteiligten zurückgefordert werden konnte, so habe man auch den Fall einer nicht verbindlichen Darlehnshingabe dieser Klage unterstellt, um dem Geber sein Geld zurückzuverschaffen. Insbesondere sei dies darum geschehen, um auch die Peregrinen, die das formstrenge Darlehen nicht hätten benutzen können, vor Schaden zu bewahren[3]). Die Darlehnsklage sei also selbst ursprünglich nichts gewesen als einer der Fälle der der allgemeinen Billigkeit entsprechenden Bereicherungsklage, und erst allmählich sei sie dieser gegenüber zu einem selbständigen Institute ausgewachsen.

Dieser letzteren Auffassung ist m. E. der Vorzug zu geben. Für ihre Richtigkeit spricht auch unsere lex aurea. Hätte Celsus angenommen, dass die Forderung, die er dem Geber des Geldes gegen den Nehmer zubilligt, ein aus der Darlehnsklage abgeleiteter vertragsähnlicher Anspruch sei, so würde er wohl nicht diese beiden Forderungen in scharfen Gegensatz zu einander stellen, sondern er würde die gewährte Bereicherungsforderung als das minus der verlorenen Darlehnsklage bezeichnen. So

[1]) z. B. Pernice, Labeo III, S. 220, Girard II S. 551 und S. 666.

[2]) Vgl z. B Girard II S. 666.

[3]) Vgl. v. Koschenbahr-Lyskowsky a. a. O. I. S. 51, S. 57.

aber sieht er in dem Entfallen des gültigen Darlehns jede Möglichkeit schwinden, aus diesem Vertragsgebilde irgend noch Schlüsse für die Rechtslage zu ziehen. Er verzichtet daher auf die Annahme einer auch nur vertragsähnlichen Verpflichtung und greift zu dem Grunde der Billigkeit. Seine Worte sagen: Von einem Vertrage kann keine Rede sein, aber stärker als ein solcher Vertrag binden uns „aequm et bonum".

Es bleibt nun noch übrig zu untersuchen, worin die Bereicherung besteht und durch welche Art von Klage der Anspruch auf sie verwirklicht wird.

Die erste Frage erledigt sich einfach, wenn man annimmt, das Darlehnsgeld sei von dem Delegaten dem Delegatar in dem Augenblick bereits ausgezahlt gewesen, in dem sich die Nichtigkeit des Darlehnsvertrages herausstellt. In diesem Falle hat der Delegatar eine der erhaltenen „Darlehnssumme" gleiche herauszugeben.

Hat aber der Delegat noch nicht gezahlt, so ist die Frage, was der Delegatar dem Delegaten herauszugeben hat, schwieriger zu beantworten. Welchen Einfluss hat hierbei der Rechtssatz „qui delegat solvit"? Wir hatten bereits gesehen, dass dieser Satz insofern eine Ausnahme erleidet, als im Interesse der Billigkeit angenommen wird, es sei zwar schon mit dem Versprechen geleistet, aber wenn der Leistende aus irgend einem Grunde seine Leistung als solche zurückverlangen könne, so dürfe er dem Leistungsempfänger nicht mehr abverlangen als dieser selber erhalte. Ist also der „reus delegatus" nicht voll zahlungsfähig, so ist der Delegant im Falle einer Rückforderung berechtigt, nur soviel zu verlangen, wie der Delegat tatsächlich zu zahlen fähig ist: „obligationem dumtaxat recipere debet"[1]). Mit Recht macht v. Salpius[2]) darauf aufmerksam, dass gegen die Annahme einer solchen Auffassung der Bereicherung als des blossen Erwerbs einer Forderung auch l. 8 § 3 D. 1 6,1 nicht spricht. Wenn es dort heisst: „ipsi competit condictio, quemadmodum, si pecuniam solvisset, condiceret", so heisst das nichts weiter, als das im Falle blosser Delegation zur promissio die Klage ebensogut gegeben ist wie bei barer Zahlung. Nicht aber braucht deshalb auch der Gegenstand

[1]) l. 18 § 1 D. 39,6 und l. 31 § 3 D. 39. 6. (vgl. oben S. 23).
[2]) a. a. O. S. 114.

der Klage in beiden Fällen derselbe zu sein. Im letzteren ging vielmehr der Bereicherungsanspruch wie gesagt nur auf den Wert der vom Delegatar gegen den Delegaten erworbenen Forderung[1]).

In welcher Weise konnte nun aber ein solcher ungewisser Anspruch verwirklicht werden? Über die Geschichte der Klageform der Bereicherungsklage herrscht in der Literatur lebhafter Streit. Die Einen[2]) behaupten nämlich, es habe stets nur eine condictio gegeben, durch die ein certum als solches, als concretes Ding, in der intentio der Klageformel gefordert werden musste, und alle Fälle einer sogenannten „condictio incerti" seien in den Quellen von Justinian und seinen Leuten interpoliert. Es gäbe also keine Condictionenformel, in der ein nur ganz allgemein bestimmter, nicht durch eine certa res ausgedrückter Anspruch eingefordert werde. Eine andere Ansicht[3]) gibt zwar zu, dass die condictio incerti in den Quellen tatsächlich interpoliert sei, aber nur dem Ausdrucke nach, der Sache selbst nach habe sie in klassischer Zeit schon bestanden, ja sei womöglich die Wurzel aller Condictionen gewesen.[4]) Nach der ersten insbesondere von Pflüger vertretenen Ansicht würde in unserem Falle das Condictionenverfahren sich demnach so abspielen, dass der Kläger die vermeintliche Schuldsumme in voller Höhe verlangt. Wenn deren Herausgabe nun dem Beklagten, weil er selbst die volle Summe noch nicht erhalten hat, als unbillig erscheint, so kann er seine Verurteilung dadurch abwälzen, dass er seinen ihm angewiesenen Schuldner zurückanweist, wiederum an den Kläger zu versprechen oder zu zahlen. Nach dem Grundsatz: „omnia iudicia debent absolutoria" müsse dann nach erfolgter derartiger Rückanweisung der Richter die Klage des Deleganten abweisen. Weigere sich aber der Beklagte, durch solche Rücküberweisung sich zu retten, so sei es nicht unbillig, wenn er diese Halsstarrigkeit durch Verurteilung zur Zahlung der vollen Delegationssumme büsse. Insbesondere weil nicht einzusehen ist, wie denn der Delegatar seinen Delegaten zur Annahme der Rücküberweisung

[1]) Pflüger a. a. O. S. 90.
[2]) Pflüger a. a. O. S. 76.
[3]) Trampedach a. a. O. S. 97 ff.
[4]) Letzteres behauptet v. Meltzl, Ursprung der condictio incerti S. 5 und 13.

habe zwingen können, erscheint die Pflügersche Lehre als nicht begründet. Es bleiben denn auch die meisten Gelehrten dabei stehen, die condictio incerti als möglich anzuerkennen[1]). Wenn dabei Pernice[2]) diese condictio incerti erst aus der einen Form der auf ein certum gehenden Condictionen, nämlich aus der statt auf certa pecunia[3]) auf alia certa res gehenden condictio triticaria herleitet, so gibt er hierin einen wertvollen Fingerzeig dafür, welches in unserem Falle die condictio des Klägers gewesen sei. Er behauptet, jener Übergang aus der condictio triticaria in eine wirkliche condictio incerti sei sehr allmählich erfolgt, und in der ersten Zeit habe die Formel der condictio incerti mit derjenigen der condictio triticaria noch grosse Ähnlichkeit gehabt. Er beruft sich dabei gerade auf eine Celsusstelle und zeigt, dass dort, in l. 26 § 12 D. 12,6 ein Anspruch auf Rückgabe von „operae" offenbar noch in den Formen der condictio triticaria geltend gemacht worden sei[4]). Hieraus kann man m. E. schliessen, dass auch in der condictio unserer lex aurea nur ein solcher ausdehnender Anwendungsfall der condictio triticaria gemeint sei, und dass also der Kläger in der intentio seiner Klage das Versprechen wie eine certa res zurückgefordert und in der condemnatio den iudex aufgefordert habe, den Beklagten zu einer Geldsumme zu verurteilen, deren Betrag dem Werte dieses Versprechens gleich kommt.

In dem oben erwähnten anderen Falle, dass die Zahlung bereits geleistet ist, muss man als Klagform natürlich die gewöhnliche condictio certi annehmen, die auf eine bestimmte Summe Geldes geht.

Zum Schluss noch einen Blick darauf, welchen Platz die in unserem Falle gegebene condictio in der nach materiellen Gründen hergestellten Einteilung der Bereicherungsklagen eingenommen hat. Dass diese Einteilung in klassischer

---

[1]) Pernice, Labeo III S. 209 ff, vgl. ferner Girard II S. 668/669.

[2]) Ebenso Pfersche a. a. O. S. 26, Trampedach a. a. O. S. 97 ff und bereits Savigny V S. 627.

[3]) condictio certi.

[4]) Pernice, Labeo III S. 209/210, ganz ähnlich mit Berufung auf dieselbe Stelle Trampedach a. a. O. S. 129: Die Tendenz war „zu des Celsus Zeit noch neu, den Gedanken der certa res über das corpus hinaus zu erweitern."

Zeit nicht positives Recht war, und dass sie, wenn sie überhaupt in vorjustinianäischer Zeit bereits bestand, lediglich ein Lehrsystem der Juristen war, das kann man jetzt als einwandsfrei festgestellt gelten lassen. Wenn man aber unsere condictio trotzdem, um ihre causa zu klären, in dieses System einzuordnen versucht, so kann man zu verschiedenem Ergebnis kommen. Brinz[1]) nennt die Klage der lex aurea eine condictio sine causa, weil in der Leistung zwar keine irrtümliche Schuldzahlung, aber immerhin etwas Irrtümliches läge. M. E. ist diese Ansicht nicht richtig. Es ist nicht wahr, dass die „causa ob quam" die vermeintliche solutio eines vermeintlichen creditum ist. Der Delegant befindet sich bei seiner Delegation ja garnicht im Irrtum. Er gibt vielmehr in dem Augenblicke der Promission seines Delegaten nicht zum Zwecke der Erfüllung eines nur vermeintlichen Darlehnsvertrages, sondern vielmehr darum, um diesen Darlehnsvertrag durch sein Geben erst zustande zu bringen. Entsteht dann in Wirklichkeit der Vertrag infolge Irrtums des Gegenkontrahenten nicht, so hindert damit nur dieser Gegenkontrahent, dass der von dem Geber für seine Gabe gesetzte Zweck verwirklicht werde, dass also dessen causa von seiner Seite eine causa folge. Die Klage des Deleganten wäre demnach eine condictio causa data causa non secuta, und so nimmt es auch die überwiegende Mehrzahl der Schriftsteller an[2]).

---

[1]) Pandekten II § 305 S. 252 Anm. 7.

[2]) Vgl. z. B. Windscheid § 370, 15 und 427 Anm. 6, Savigny § 136 Note g.

II.

Anhang.

Im Folgenden soll vergleichend untersucht werden, wie der Rechtsfall, der in der lex aurea berichtet wird, zu beurteilen wäre, wenn er sich in der Jetztzeit abspielte.

Unter welcher Rechtsform würde dies geschehen? Dem iussum creditoris entspricht im modernen Recht das Institut der Anweisung auf Schuld. Diese Anweisung bietet im bürgerlichen Gesetzbuch genau wie die reine Delegation der lex aurea einem Gläubiger die Möglichkeit, seinen Schuldner durch einseitige Willenserklärung[1]) dazu zu ermächtigen, dass er die geschuldete Summe einem Dritten in abstrakter Form verspricht.[2]) Entsprechend den geänderten Formen des Rechtsverkehrs, insbesondere dem Fortfall der Stipulation, spielt sich heute der Vorgang anders ab als in Rom. Der Unterschied ist aber nur ein äusserlicher, unwesentlicher. An die Stelle des formenstrengen mündlichen Versprechens der Stipulation ist als Normalfall des heutigen Zahlungsversprechens der schriftliche Annahmevermerk des Angewiesenen auf einer die Anweisung enthaltenden, in den Händen des Anweisungsempfängers befindlichen Urkunde[3]) getreten. Dass als Normalfall vom bürgerlichen Gesetzbuch (§ 783) derjenige aufgestellt wird, wo der Anweisende die Anweisung nicht wie in unserer lex aurea an den Angewiesenen direkt richtet, sondern sie ihm durch den Anweisungsempfänger übermitteln lässt, macht ebenfalls keinen wesentlichen Unterschied aus. Aus dem § 784 II Satz 2 geht deutlich hervor, dass die Anweisungsurkunde bereits mit dem Annahmevermerk des Angewiesenen versehen sein kann, ehe der Anweisungsempfänger

[1]) Endemann, Lehrbuch I § 195 S. 1211.

[2]) Dass in der Anweisung, zu zahlen, die Anweisung, zu versprechen enthalten ist, die durch die Annahme verwirklicht wird, darauf weist mit Recht Lenel hin. a. a. O. S. 124.

[3]) Mündliche Anweisung wäre auch möglich und müsste der schriftlichen analog behandelt werden. Vgl. z B. Kipp in Windscheid-Kipp § 412 S 817, 8. Anders v. Tuhr, Jahrb. f. Dogmatik Bd. 48 S. 10 Anm. 15.

sie erhält. Der Angewiesene muss in solchen Fällen also die Anweisung direkt vom Anweisenden bekommen haben, und es spricht nichts dagegen, dass daraufhin er selbst als Bote des Anweisenden sie dem Anweisungsempfänger mit dem Vermerk versehen übergibt, sodass dieser mit dem Anweisenden garnicht in Berührung kommt,[1]) genau wie es in unserer lex aurea der Fall ist. Wir haben also nach dem Gesagten den Sachverhalt dieser Stelle folgendermassen in moderne Verhältnisse zu übertragen: Tu bittet den Ego und den Titius um ein Darlehen. Ego stellt infolgedessen eine Urkunde aus, in der er seinen Schuldner anweist, an den Tu zu zahlen. Der Schuldner setzt auf diese Urkunde den Vermerk, er nehme die Anweisung an und übergibt sie sodann dem Tu. Dieser wähnt aus irgendwelchen Gründen, Aussteller der Urkunde sei Titius, und also sei der übergebende Angewiesene dessen Schuldner, der ihm zum Zweck der erbetenen Darlehnsbegründung angewiesen werde. Er nimmt in diesem Glauben die Urkunde entgegen. Wie ist die Rechtslage?

Wie es schon bei der Erklärung der Digestenstelle geschehen ist, wollen wir zur Beantwortung dieser Frage zunächst von dem Vorliegen der irrigen Annahme des Anweisungsempfängers vollkommen absehen und feststellen, ob und in welchem Augenblicke durch Anweisung ein Darlehen entsteht, wenn der Anweisungsempfänger richtig erkennt, wer der Anweisende ist.

Auch das moderne Recht (BGB. § 607) stellt für das Darlehen die doppelte Forderung auf, dass einmal vertretbare Sachen dem Darlehnsnehmer zu Eigentum übertragen werden und das zweitens „als Darlehen“ gegeben sei, d. h. dass die Parteien darüber einig sind, es solle eine gleiche Quantität vertretbarer Sachen zurückgegeben werden. Liegen diese beiden Erfordernisse nun bei dem gegebenen Sachverhalt vor?

Sobald der blossen Annahme der Anweisung durch den Schuldner die Erfüllung folgt, wird man diese Frage unbedenklich bejahen können. Ist der anweisende Darleiher Eigentümer der angewiesenen Sachen, so liegt der Fall ebenso wie im römischen Recht: der Angewiesene überträgt als blosse Mittelsperson das Eigentum vom Darleiher auf den Darlehnssucher.[2])

---

[1]) Vgl. v. Tuhr a. a. O. S. 10 Anm 15.
[2]) M. Wolff, Sachenrecht § 66 S. 170.

Besteht aber eine bloss obligatorische Verpflichtung zwischen Angewiesenem und Anweisendem, so wird man anders wie im römischen Recht auch ohne die Fiktion einer mittelbaren Uebereignung auskommen. Es wird vom Gesetz ja nicht ausdrücklich verlangt, dass das Eigentum, das der Darlehnsnehmer erwirbt, von dem Darleiher stamme. Auch die Motive[1]) nehmen daher mit Recht an, dass ein Darlehnsvertrag gültig sei, auch wenn der Darleiher nicht Eigentümer gewesen sei, wofern nur der Empfänger Eigentümer geworden ist.[2]) Dies ist in unserem Falle geschehen. Der Empfänger hat die Sachen, die ihm übergeben wurden, mit dem Willen angenommen, das Eigentum an ihnen zu erwerben, und der Angewiesene, der sie ihm gab, hat den Willen gehabt, dieses Eigentum aufzugeben. Da er das Valutaverhältnis zwischen seinem Anweisenden und dem Anweisungsempfänger, an den er zahlt, nicht zu kennen braucht, so weiss er allerdings nicht notwendig, ob dieser Anweisungsempfänger das Geld für sich selbst erwirbt oder nur für den Anweisenden. Dies ist ihm aber auch gänzlich gleichgültig,[3]) da sein einziger Zweck bei der Tradition der ist, das geschuldete Geld so wie der Anweisende ihn anwies zu übertragen. Da nun dieser Anweisende in unserem Falle dem Anweisungsempfänger ein Darlehen, also Eigentum verschaffen will, so dient diesem Zweck die Uebergabe seitens des Angewiesenen unmittelbar, und es bedarf nicht des von Tuhr gebrauchten Umweges, dass das Eigentum bei der Zahlung auf den Deleganten und von diesem erst durch eine brevi manu traditio des § 929 II an den Delegatar gelangt.

Das Eigentum ist also in schuldbegründender Weise auf den Darlehnssucher übergegangen. Hat aber zugleich auch die erforderliche Einigung zwischen Darleiher und Darlehnssucher über die zu begründende Rückgabepflicht stattgefunden? In der Bitte um das Darlehen, die jener an diesen richtete, lag m. E. ein bindendes Angebot zur Eingehung eines Vertrages noch nicht. Das sieht man schon daraus, dass der Bittende eine solche Bitte an zwei Personen zugleich richtete, obwohl er doch vermutlich nur mit einer derselben tatsächlich abschliessen

[1]) Bd. 2, S. 307.
[2]) Ebenso Plank, Schuldverhältnisse S. 542 a.
[3]) So Lenel a. a. O. S. 61 ff.

wollte. Diese Bitte war vielmehr nichts anderes als eine sogenannte Aufforderung zur Offerte, und den ersten Schritt zum Abschluss des Vertrages sollte der Darleiher selbst machen. Er macht ihn tatsächlich; denn indem er die Anweisung ausstellt, die der Angewiesene dem Darlehnssucher gegenüber annimmt, erklärt der Darlehnsgeber, wie es schon für das römische Recht ausgeführt wurde, durch die Vermittelung dieses Angewiesenen dem Empfänger, er biete ihm das Geld, das dieser auf Grund der Anweisung erhalten werde, als Darlehen an. Indem ferner der Nehmer, dies erkennend, das Accept der Anweisung entgegennimmt, gibt er ebenfalls seine Einwilligung zu dem Darlehnsgeschäft. Dies braucht dem Geber selbst darum nicht noch besonders von dem Nehmer ausgesprochen zu werden, weil dieser Geber auf eine besondere Benachrichtigung dadurch verzichtet hat, dass er das Angebot in Form der Anweisung aussprach, also durch eine Person, die für ihn die Frage abzugeben und für ihn die Antwort entgegenzunehmen ermächtigt war.[1]) Diese Antwort wird also von dem Darlehnsnehmer durch die Annahme des Accepts in hinreichender Weise gegeben. Sie von dem Boten, der die Umstände nicht zu kennen braucht, auf sich zu leiten, ist Sache des Gebers selbst. Eigentumsübergang und Einigung liegen demnach vor, und genau wie für das römische Recht kommen wir zu dem Ergebnis, dass durch die auf Grund der Anweisung erfolgte Hingabe der dem Anweisenden geschuldeten Sachen ein Darlehen zwischen ihm und dem Anweisungsempfänger zustande kommt.

Wir hatten für das römische Recht weiter die Frage behandelt, ob nicht auch schon vor der Uebergabe das Darlehen zwischen Darlehnsnehmer und Anweisendem durch die Stipulation rechtsgültig zustande komme. Wir müssen dieselbe Frage nunmehr für das moderne Recht untersuchen. Hier entspricht dieser Stipulation, wie schon angedeutet, die Annahme der Anweisung durch den Angewiesenen, die dem Anweisungsempfänger ein Forderungsrecht abstrakter Natur nach § 784 BGB. verschafft. Genügt schon diese Annahme der Anweisung zur Begründung des Darlehens? Während wir die entsprechende Frage für das römische Recht bejahen zu müssen glaubten, antworten wir nun mit nein.

[1]) Aehnlich Hellwig, a. a. O. S. 131.

Dass Eigentum durch blosse promissio auf den Darlehnsnehmer überginge, nahmen wir auch für das römische Recht nicht an; wir versuchten vielmehr zu zeigen, dass der freieren Auffassung des Begriffes „res“ ein solcher Eigentumsübergang schliesslich nicht mehr unbedingt nötig erschien. Im heutigen Recht ist es gerade umgekehrt. Selbst Eigentumserwerb nützt zur Darlehnsbegründung dann nicht, wenn nicht reelle Uebergabe der Sachen erfolgt. Dernburg[1]) macht darauf aufmerksam, dass ein Anweisender zugleich mit der Anweisung dem Empfänger das Eigentum verschaffen könne, indem er ihm gemäss § 931 den Herausgabeanspruch abtrete, den er selbst gegen den Angewiesenen hat. Und wenn auch v. Tuhr[2]) hiergegen einwendet, dass der Anweisungsempfänger diesen Anspruch eben erst mit dem Accept der Anweisung und nicht schon durch diese selbst erwerbe, so kann doch auch er nicht leugnen, dass in diesem Augenblick das Eigentum übergehe. Trotzdem wird man m. E. ein Darlehen auch in diesem Augenblicke noch nicht als entstanden ansehen dürfen. Der § 607 Abs. I BGB. knüpft das Entstehen der Darlehnsverpflichtung als Folge an die Voraussetzung eines Empfangenhabens, und von dieser Voraussetzung geht auch der zweite Absatz desselben Paragraphen nicht ab, wenn er einen zweiten Fall der Darlehnsbegründung zulässt, der rechtlich dem Empfangenhaben völlig gleich steht. Nur solches Empfangenhaben also kann ein Darlehen zustande bringen.[3]) Kohlers[4]) Ansicht von der Möglichkeit einer Darlehnsentstehung durch blosse Willenseinigung scheitert an dem zwingenden Wortlaut des Gesetzes, so sehr sie auch dem Rechtsgefühl entsprechen mag. Nur dann also, wenn wir nachweisen könnten, dass das Gesetz selbst den Forderungserwerb durch Accept dem Empfangenhaben gleichstellt, könnten wir, ebenso wie es das römische Recht u. E. tut, eine Darlehnsbegründung auf diesem Wege zulassen. Dem ist aber nicht so, sondern der Satz „qui delegat solvit“ ist vom modernen Recht nicht aufgenommen. Durch

---

[1]) Vgl Sachenrecht S. 59

[2]) v. Tuhr a. a O. S 45, Anm. 66.

[3]) So die herrschende Meinung z. B. Oertmann, Schuldverhältnisse § 607 S. 651, 2. Endemann § 184 S. 1154. Dernburg § 234 S. 241. Planck S. 542a und S 535 I.

[4]) Archiv für bürgerliches Recht Bd 33.

das Accept allein gilt die Leistung, die der Anweisende dem Anweisungsempfänger mittels der Anweisung machen will, nach § 788 BGB. noch nicht als bewirkt. Es muss zu diesem Erfolge vielmehr Erfüllung des abstrakten Versprechens geschehen sein. Anders wie im römischen Rechte ist das Darlehen also durch blossen Erwerb der Forderung gegen den Angewiesenen noch nicht entstanden.

Immerhin hat aber in dieser Annahme, wie wir oben nachwiesen, die Willenseinigung gelegen, die, um zum Darlehen zu führen, nur noch der Ergänzung durch die Hingabe bedarf. Hat diese Einigung nun nicht auch schon vor dieser Hingabe einen selbständigen Wert für das Darlehnsgeschäft? Man könnte zunächst meinen, ja. Denn wenn eine Partei der anderen durch Anweisung ein selbständiges Forderungsrecht verschaffte und wenn beide gleichzeitig ausmachten, die Hingabe des hieraus Geschuldeten solle ein Darlehen begründen, so stelle die genannte Verpflichtung nichts anderes dar, als eine solche zum Hingeben eines Darlehens. Darlehnsvorverträge sind aber, wie sich schon aus § 610 BGB. ergibt, durchaus als solche bindend. Bei näherem Hinsehen ergibt sich aber eine solche Auffassung als verfehlt.[1]) Die durch Annahme der Anweisung entstehende Verpflichtung ist ja eine solche nicht des Anweisenden, sondern des Angewiesenen selber. Indem der Anweisende das Recht, das ihm gegen den Angewiesenen zusteht, einem Dritten zugänglich macht, gibt er ihm zwar die Möglichkeit, etwas zu erwerben, was ihm, dem Anweisenden selber, zusteht, aber er begründet doch damit nicht die Pflicht für sich selbst, das Angewiesene zu geben; er sagt zu dem Anweisungsempfänger: Lass Dir versprechen, was ich zu fordern habe, und was Du erhältst, das betrachte als von mir gegeben. Damit übernimmt er selbst keinerlei Risiko. Es kann ja z. B. so sein, dass er einen „faulen“ Schuldner, von dem er wenig zu erlangen erwartet, einem anderen anweist, der nötig Geld braucht, damit dieser die Forderung eintreibe und ihm dann wenigstens das zurückgebe, was er zu erlangen imstande war. Soll man in solchem Falle annehmen, der Delegant habe sich verpflichten wollen, ein Darlehen in der ganzen Höhe der angewiesenen Forderung zu geben? Schwerlich! Wenn nicht im konkreten

[1]) a. M. v. Tuhr S. 36 Anm. 9.

Falle ganz besondere Umstände dafür sprechen, dass der Anweisende zugleich neben der Anweisung ein solches Versprechen gegeben habe, liegt kein Grund vor es anzunehmen. In der Anweisung liegt es ebensowenig wie in der Anweisung zum Zwecke der Schenkung ein Schenkungsversprechen.[1]) Da in unserem Falle nichts dafür spricht, dass die Parteien einen besonderen Vertrag auf Leistung eines Darlehens geschlossen hätten, haben wir also keinen Grund, einen solchen als vorliegend anzunehmen.

Verpflichtende Kraft hat der in der Anweisung steckende Consens aber dennoch. Die Parteien erklären einander, sie wollten dasjenige, was auf Grund der Anweisung geleistet werde, als Darlehnssumme ansehen. Hierdurch verpflichtet sich zwar nicht der Darlehnsgeber zur Hingabe eines Darlehens, wohl aber sind die Parteien einig darüber, dass, wenn überhaupt eine Hingabe erfolge, diese als Darlehnsvaluta anzusehen sei.

Was ändert nun an alledem die falsche Annahme des Tu, dass der Angewiesene Schuldner des Titius sei? Das bürgerliche Gesetzbuch hat m. E. den Grundsatz[2]), dass die äusserlich übereinstimmenden Erklärungen zweier Personen zwischen ihnen einen Vertrag zustande bringen. Die Strenge dieses Grundsatzes wird jedoch durch zwei Ausnahmen gemildert. Wir müssen untersuchen, ob in unserem Falle eine derselben vorligt.

Erstens sieht das Gesetz dann davon ab, einen Vertrag als unbedingt bindend anzusehen, wenn die Parteien Erklärungen abgegeben haben, die zwar übereinstimmen, bei denen aber ein gewisser Punkt, der durch die Erklärungen nach dem Willen der Parteien mit umfasst sein sollte, nicht in eindeutiger Weise festgestell ist, wenn man also den Erklärungen bezüglich dieses einen Punktes einen verschiedenen Sinn unterlegen kann. Diesen Fall, der dem fürs römische Recht als „Dissens im engeren Sinne" bezeichneten entspricht, regelt der § 155 BGB. In unserem Falle liegt solcher Dissens nicht vor: denn genau wie für das römische Recht müssen wir für den Fall, wie er sich unter modernen Verhältnissen abspielt, behaupten, dass die

[1]) Endemann I § 195 und Anm. 16. a. M. Cosack' Lehrbuch des bürgerl. Rechts I § 151 S. 628.

[2]) So auch die herrschende Lehre.

Vertragserklärungen ihrem objektivem Sinne nach durchaus eindeutig und übereinstimmend abgegeben werden. Ego bietet den Abschluss des Vertrages an, indem er den X anweist, und der Darlehnssucher erklärt, er wolle den Anweisenden dieses X zum Darlehnsgläubiger. Der Anweisende des X ist tatsächlich der Ego; also ist die Person des Gebers in dem Darlehnsvertrage eindeutig genannt.

Die zweite Abweichung von seinem Grundsatze der Gültigkeit des Erklärten macht das Gesetz im § 119 dadurch, dass es in gewissen Fällen zulässt, der Erklärende dürfe seine Erklärung darum wieder aus der Welt schaffen, weil sie seinem wahren Willen nicht entsprochen hat, weil er im Irrtum gewesen ist. Dadurch wird dem Erklärenden die Möglichkeit gegeben, auch den durch Uebereinstimmung seiner Erklärung mit der eines anderen zustande gekommenen Vertrag wieder zu lösen. Welche der in unserem Falle handelnden Personen ist nun in dieser Lage? Des Anweisenden Erklärung entspricht dem wahren Willen, der ja auf den Tu als Vertragsgegner gerichtet ist. Der Angewiesene will ebenfalls das, was er tut, nämlich auf die Anweisung des Ego hin dem Tu gegenüber annehmen. Eine Abweichung des Willens von der Erklärung kann also nur in der Person des Tu selber vorliegen. Dieser will gegenüber dem Titius eine Annahmeerklärung abgeben und gibt sie in Wirklichkeit durch die Person des Delegaten dem Ego gegenüber ab. Ist dies nun auch nach modernem Recht einer der Fälle des wesentlichen Irrtums? Wie schon für das römische Recht erwähnt, birgt die Entgegennahme des Versprechens durch den Anweisungsempfänger ein Doppeltes in sich: Erstens bringt dieser Anweisungsempfänger durch sie das abstrakte Schuldverhältnis mit dem Angewiesenen zustande, und zweitens erklärt er sich bereit, den Tu zum Darlehnsgläubiger zu erhalten. Irrt er nun bezüglich der ersten Erklärung in wesentlicher Weise? Nein, ebensowenig wie im römischen Recht. Er will nämlich einmal diese Erklärung überhaupt abgeben, er verspricht sich nicht z. B. nur, er irrt ferner auch nicht über deren Inhalt; denn dieser Inhalt ist kein anderer, als dass ihm der Angewiesene verpflichtet werden solle, und diesen Inhalt erkennt er. Die beiden ersten Möglichkeiten wesentlichen Irrtums, die der § 119 gibt, entfallen also

für diese seine Erklärung. Aber auch die dritte liegt nicht vor. Es mag dahingestellt bleiben, ob es eine Eigenschaft einer Person ist, Schuldner einer anderen zu sein. Denn soviel scheint sicher, dass der Verkehr es nicht für wesentlich hält, ob jemand einen anderen, der ihm ein abstraktes Schuldversprechen leistet, für einen Schuldner des A oder des B hält. Denn bei einem solchen abstrakten Schuldversprechen, „dem schneidigen Mittel des Verkehrs“,[1]) bleibt ja gerade jegliche Bezugnahme auf zugrunde liegende Rechtsverhältnisse der Kontrahenten, zumal zu aussenstehenden Personen ausser Betracht. Es liegt also nur ein vom Recht für durchaus unwesentlich erachteter Irrtum darin, dass man sich eine falsche Vorstellung macht über die Rechtsbeziehungen einer dritten Person zu demjenigen, der einem abstrakt verspricht. Auch der zweite Absatz des § 119 ist also auf die Erklärung des Tu, soweit sie nur die Annahme dieses Versprechens betrifft, nicht anwendbar. Insoweit ist die Erklärung also unanfechtbar. Zu demselben Ergebnis waren wir auch für das römische Recht gekommen. Wie steht es nun aber mit dem zweiten Bestandteil der Erklärung des Tu? Einen Verwirrungsirrtum stellt auch sie nicht dar. Der Erklärende will durchaus die Worte gebrauchen, die tatsächlich seine Erklärung bilden. Legt er aber auch diesen Worten denjenigen Inhalt bei, den sie tatsächlich haben? Ich meine, nein. Dieser zweite Inhalt ist nämlich der, dass mit dem Ego ein Darlehen abgeschlossen wird. Der Erklärende wähnt jedoch, das Darlehen komme mit Titius zustande und also hält er dies für den Inhalt seiner Erklärung. Er befindet sich also über diesen Inhalt im Irrtum. Man darf dagegen nicht auf den zweiten Absatz des § 119 greifen; denn man kann nicht annehmen, dass jemand sich über die Eigenschaft einer Person irrt, indem er statt an sie an eine andere denkt. Um über die Eigenschaften einer Person eine falsche Vorstellung haben zu können, muss man sich die betreffende Person als Ganzes zunächst vorstellen. Dass jemand er selbst ist, ist nicht seine Eigenschaft, sondern vielmehr erst die Voraussetzung dafür, dass man an ihm als solchen Eigenschaften wahrnehmen kann.[2]) So wenigstens entspricht es dem durch die Gegenüberstellung

[1]) Dernburg, II 2 § 238 III S. 256.
[2]) Abweichend z. B. Hölder, allg. Teil S. 264.

von Absatz 1 und 2 im § 119 vom bürgerlichen Gesetzbuch bekundeten Standpunkt, dem man vom psychologischen Standpunkt aus freilich manches entgegenhalten kann.[1])

Es liegt also ein Irrtum über den Inhalt der Erklärung vor. Ein solcher ist aber nach § 119 nicht immer erheblich, sondern nur dann, wenn anzunehmen ist, dass der irrtümlich Erklärende die Erklärung „bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde." Daraus, dass in unserem Falle der Erklärende vorher zwei Personen aufgefordert hatte, ein Darlehen zu geben, darf man nun keineswegs schliessen, dass es ihm unbedingt gleichgültig sein musste, welche von beiden ihm bei Abgabe seiner Erklärung gegenüberstand. Durch die Bitte hatte er ja, wie schon ausgeführt, nicht ein bindendes Vertragsangebot ausgesprochen, sondern nur versucht, die Gebetenen zur Abgabe eines solche zu bewegen. Da er also im Augenblicke des Bittens sich z nichts verpflichtete, brauchte er in der Bitte durchaus nicht seine wirkliche Absicht auszusprechen. Ueberdies kann sich diese seine Absicht in der Zeit zwischen der Bitte und dem Eintreffen des Angebotes geändert haben. Nur auf den letzteren Augenblick aber kommt es an. Behaupten zu wollen, dass es auch abgesehen von dieser Bitte einem Darlehnssucher stets gleich sein könne, wer ihm das Darlehen gebe,[2]) wäre aber erst recht verfehlt. Ob er von einem gutmütigen Millionär oder von einem hartherzigen Geizkragen ein Darlehen bekommt,[3]) ist für den verständig erwägenden Menschen durchaus nicht immer gleichgültig. Es wird also von den näheren Umständen des Falles abhängen, ob der Tu bei seiner Annahmeerklärung wesentlich irrte oder nicht. Diese Umstände kann der Richter jedoch zu Gunsten des Anfechtenden nur dann berücksichtigen, wenn sie im Prozess behauptet und im Bestreitungsfalle bewiesen sind. Theoretisch kann man jedoch mit einem glatten Ja oder Nein nicht antworten, und dieses bedeutet einen Unterschied gegen das römische Recht, nach welchem der Personenirrtu stets wesentlich war.

---

[1]) Vgl. hierzu Zitelmann a. a. O., insbesondere S. 443 u. 552

[2]) So abweichend Dernburg II 2 § 234 S. 242. u. M. Oertmann a. a. O. § 607, 6 S. 653. Schey, Obligationsverhältn. d. österr. allg. Priv.-R. S. 68, Anm. 11.

[3]) Aehnlich Rehbein Bürgerl. Ges.-B. S. 139.

Nehmen wir also in unserem Falle an, der Tu hätte trotz Kenntnis der Sachlage bei verständiger Würdigung seine zustimmende Erklärung abgegeben, so ist dieselbe voll rechtswirksam. Wie aber, wenn er bei solcher Würdigung die Erklärung nicht abgegeben hätte, wenn er also z. B. den Ego, einen harten Geizhalz, nur deshalb gebeten hätte, um dadurch den Titius, seinen Freund, zu bewegen, die an ihn gerichtete Bitte zu erfüllen? Was wäre im Einzelnen die Folge eines solchen wesentlichen Irrtums?

Während wir für das römische Recht zu der Annahme neigten, der Willensmangel des Personenirrtums wirke ipso iure zerstörend auf den durch die irrtümliche Erklärung zum Abschluss gebrachten Vertrag, müssen wir für das moderne Recht feststellen, dass der Irrtum an sich noch keinerlei Einfluss auf das Bestehen des Vertrages hat, sondern dass es zur Zerstörung desselben einer in das freie Ermessen der irrenden Person gestellten Anfechtungserklärung bedarf (§ 119). Durch sie erst wird nach § 142 bewirkt, dass der Vertrag als ein von Anfang an nichtiger anzusehen ist. Angefochten wird in unserem Falle der zwischen Ego und Tu durch Vermittelung des Angewiesenen abgeschlossene Vertrag, kraft dessen die angewiesene Summe bei ihrer Auszahlung ein Darlehen zustande bringen solle. Die Annahme der Anweisung als solcher bleibt dagegen gültig, da bei diesem abstrakten Geschäft kein wesentlicher Irrtum vorliegt. Empfangsperson der Anfechtung ist gemäss § 143, 2 der Ego.

Der angefochtene Vertrag ist also nichtig. Was ist die Folge davon? Geschieht die Anfechtung erst, nachdem die Übergabe des angewiesenen Geldes bereits erfolgt ist, so könnte man zunächst daran denken, es sei auch die Übereignung dieses Geldes nichtig. Nicht etwa deshalb, weil die ihr zugrunde liegende causa, der Darlehnsvertrag, nichtig ist; denn anders wie im römischen Recht ist die Übereignung nach BGB. abstrakt. Wohl aber darum, weil der Übergang des Eigentums vielleicht als ein blosser Bestandteil des einheitlichen Rechtsgeschäftes „Darlehen" angesehen werden könnte. Die Übereignung wäre dann nach § 139 nichtig[1]), wenn man nicht

[1]) Wolff, Sachenrecht, § 66 S. 171.

gerade annehmen müsste, sie wäre auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen worden. Die Frage erledigt sich m. E. jedoch dadurch, dass man ein solches einheitliches Rechtsgeschäft in unserem Falle nicht wird annehmen können. Dies wäre nämlich nur dann möglich, wenn beide Geschäfte, Darlehnsvertrag und Übereignung, „in einem einheitlichen Willensakt" zusammenfielen und dieser an dem Anfechtungsgrunde des Irrtums litte[1]). So aber liegt es in unserem Falle nicht, vielmehr erfolgte die irrige Vertragserklärung schon im Augenblick der Annahme des Accepts. Die Eigentumsübertragung dagegen erfolgte erst später und zwar durch einen selbstständigen nicht irrigen Willensakt zwischen den Subjekten der Übergabe[2]). Der Eigentumsübergang ist demnach auch bei Anfechtung der Vertragserklärung nicht nichtig. Dies Ergebnis entspricht demjenigen, das wir für das römische Recht angenommen haben.

Nur der Vertrag, der die angewiesene Summe zum Darlehen machte, ist vielmehr nichtig; dies Darlehen selber besteht demnach ebenfalls nicht, und aus ihm kann der Anweisende sein Geld also nicht zurückverlangen.

Ist aber dieses Geld noch garnicht bezahlt, sondern nur die Anweisung dem Anweisungsempfänger gegenüber angenommen, so wird durch die Anfechtung das Accept natürlich ebensowenig nichtig wie im vorigen Falle. Es wird ja, wie oben ausgeführt, durch die Anfechtung garnicht betroffen. Angefochten und also nichtig ist vielmehr nur die im Accept steckende Vereinbarung, dass wenn gegeben werde, das Gegebene Darlehen sein solle.

Da demnach keine Vertragsverpflichtungen mehr bestehen, so müssen wir zu einem anderen Mittel greifen, um dennoch den Darlehnssucher zu zwingen, das vom vermeintlichen Darlehnsgeber Erlangte ihm wieder herauszugeben. Ein solches Mittel bietet das BGB. in den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung (§ 812 ff)[3]), die dem römischen Institut der condictio

---

[1]) R. G. E. vom 8. Oktober 1907, abgedruckt im „Recht" 1907, No. 3447.

[2]) Vgl Enneccerus, Lehrbuch I § 190 S 481 und O. L. G. Hamburg 25. 11. 07, abgedruckt im „Recht" 1908 Beilage 2 S 45.

[3]) So für unsern Fall auch Planck, Schuldverhältnisse S 542, 3c.

entsprechen. Von wem hat nun in unserem Falle der Darlehnssucher etwas ohne rechtlichen Grund oder in einer Weise erhalten, die dem vom Gesetz gleichgestellt wird? Was hat er erhalten und auf welche der beiden vom Gesetz unterschiedenen Arten, durch Leistung oder in sonstiger Weise?

Nehmen wir zunächst wieder an, die angewiesene Summe sei an den Anweisungsempfänger ausgezahlt. Er hat sie aus der Hand des Angewiesenen erhalten und zwar auf Grund der von diesem durch Annahme der Anweisung übernommenen Verbindlichkeit, die, wie wir schon sahen, durch die Nichtigkeit des Valutaverhältnisses nicht betroffen wurde und die also einen gültigen Schuldgrund bildete. Es ist demnach von dem Angewiesenen mit rechtlichem Grunde geleistet worden, dieser Grund ist auch nicht hinterher weggefallen, und da überdies mit der Leistung der von dem Angewiesenen mit ihr verbundene doppelte Zweck, nämlich seine Befreiung gegenüber seinem Gläubiger nach § 787 und die Erfüllung des Accepts gegenüber dem Anweisungsempfänger eingetreten ist, so kann er das gezahlte Geld nicht zurückverlangen. In seiner Leistung ist aber zugleich nach § 788 diejenige Leistung enthalten, die der Anweisende dem Anweisungsempfänger gegenüber mit der Anweisung bezweckte. Diese Leistung ist zwar auch nicht ohne rechtlichen Grund geschehen, denn der Anweisende zielte ja mit ihr auf die Errichtung eines Darlehns. Da aber jene Bindung zwischen Anweisendem und Angewiesenem, nach der das Geleistete als Darlehen anzusehen sein sollte, durch Anfechtung zu einer von Anfang an nichtigen geworden ist, und da infolgedessen im Augenblick der Hingabe das Darlehen nicht zustande kam, so hat der Anweisende geleistet, ohne dass der mit seiner Leistung bezweckte Erfolg eingetreten wäre. Er kann also seine Leistung gemäss § 812,1 a. E. von dem Anweisungsempfänger zurückverlangen[1]).

Wie aber, wenn noch nicht gezahlt, sondern bloss die Anweisung angenommen ist? Der Angewiesene kann nach

---

[1]) Ebenso im Ergebnis Kipp in Windscheid-Kipp zu § 370 S. 574. a. M. Oertmann, Schuldverh. S. 1023, der wohl infolge seiner von der hier angedeuteten Plankschen abweichenden Ansicht über die Natur der Anfechtung in Fällen wie dem unsrigen die Bereicherungsklage wegen Wegfallens des rechtlichen Grundes gibt. Vgl. aber auch S. 1026.

dem oben Ausgeführten auch in diesem Falle zweifellos nicht zurückverlangen, wohl aber wird man dem Anweisenden auch in diesem Falle eine Bereicherungsklage geben. Zwar hat er durch die Anweisung und ihre blosse Annahme seitens des Angewiesenen diejenige Leistung, die er mit der Anweisung bezweckte, nämlich die Hingabe eines Darlehens, nach § 788 noch nicht bewirkt, aber etwas hat er doch in dem Augenblick der Annahme durch den Angewiesenen bereits geleistet; denn da von diesem Augenblicke an die Anweisung nach § 790 unwiderruflich wurde und dem Anweisungsempfänger ein abstraktes Forderungsrecht entstand, so ist sein Schuldner zwar ihm gegenüber noch nicht befreit, aber er wird die Leistung an ihn verweigern können[1]) und nur noch die Stellung eines auf Grund Vertrags zu Gunsten Dritter Verpflichteten ihm gegenüber haben. Der Anweisende könnte also sein Recht ihm gegenüber höchstens so geltend machen, dass er auf Leistung an den Dritten klagte. Dem Dritten, d. h. dem Anweisungsempfänger dagegen steht dieses Forderungsrecht gegen den Angewiesenen direkt zu, und um dieses Recht ist also der Anweisungsempfänger gegenüber dem Anweisenden durch das Accept bereichert. Denn hierdurch ist das Vermögen des Anweisenden in der eben angegebenen Weise vermindert. Dass das Accept rein körperlich betrachtet Leistung des Angewiesenen ist und auch dessen Vermögenssphäre berührt, hindert nicht, dass es zugleich juristisch auch als Leistung des Anweisenden als des Geschäftsherren anzusehen ist.[2]) Da dieser Anweisende den durch diese Leistung von ihm bezweckten Erfolg infolge der Nichtigkeit des Consenses nicht erreicht und den Anweisungsempfänger nicht gebunden hat, dasjenige, was er auf Grund der Anweisung erhalten wird, als Darlehen zu betrachten, so kann er das Forderungsrecht aus demselben Gesichtspunkte (§ 812,1 a. E.) wie vorher die gezahlte Summe vom Anweisungsempfänger herausverlangen. Er wird also darauf klagen, der Anweisungsempfänger solle auf sein abstraktes Forderungsrecht verzichten, wodurch die Möglichkeit eines Widerrufs der Anweisung wieder eröffnet wird, da sie nach § 790 durch das Accept offenbar nur ausgeschlossen wird, weil und solange der Anweisungsempfänger ein Recht auf die Leistung hat.

---

[1]) Vgl. Hellwig a. a. O. S. 102.
[2]) Oertmann a. a. O. S. 1021.

Genau wie im römischen Recht kann also der Anweisende bei erfolgter Zahlung die Darlehnssumme und bei blossem Accept das Forderungsrecht kondizieren und zwar auf Grund der Annahme desjenigen Falles von ungerechtfertigter Bereicherung, der im BGB. der von uns für das römische Recht angenommenen condictio causa data causa non secuta entspricht.

III.

Als Endergebnis der ganzen Untersuchung wollen wir zum Schluss folgende Sätze aufstellen:

1. Eine Darlehnsbegründung durch Delegation sc. Anweisung auf Schuld ist nach römischem und heutigem Rechte möglich. Während aber im römischen Recht zum Zustandekommen des Vertrages schon die blosse Promissio des Delegaten genügt, ist für das heutige Recht wirkliche Zahlung erforderlich.

2. Der Irrtum des Delegatars über die Person des Deleganten schadet dem Darlehnsvertrag nach römischem Recht immer, nach heutigem Recht nur unter Umständen.

3. Die Nichtigkeit des Darlehnsvertrages erzeugt nach römischem wie nach heutigem Recht einen Bereicherungsanspruch des Deleganten gegen den Delegatar. Dieser geht nach beiden Rechten bei erfolgter Zahlung auf Rückgabe des Gezahlten, bei blossem Erwerb der abstrakten Forderung auf Herausgabe des Forderungsrechtes. Im römischen Recht ist die Klage die condictio causa data causa non secuta, im heutigen Recht ist es die entsprechende auf dem Ausbleiben des bezweckten Erfolges beruhende Klage aus § 812, 1 a. E. BGB.